

المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخفيف

(٤)

الضمان في الفقه الإسلامي

٢٥٣	على الخفيف.
ع ل ض م	الضمان فى الفقه الإسلامى / على الخفيف. - القاهرة: دار الفكر العربى، ٢٠٠٠.
	٣٥٢ ص؛ ٢٤ سم.
	يشتمل على إرجاعات بيلوجرافية.
	تدمك: ٦ - ٠٩٢٠ - ١٠ - ٩٧٧.
	١ - المعاملات (فقه إسلامى). ٢ - الفقه الإسلامى.
	١ - العنوان.

نصميم وإخراج فنى

حسن الشريف - ثريا إبراهيم

رقم الإيداع	٢٠٠٠ / ١٠٨٩٩
I. S. B. N الترقيم الدولى	977 - 10 - 0920 - 6



الحمد لله الذى أكمل ديننا، وأنم علينا نعمته، ورضى لنا الإسلام ديناً، وصلاة الله وسلامه على سيدنا محمد الذى هدانا إلى الحق المين والصرط المستقيم، وأبلفنا شريعة رب العالمين، بيضاء نقية، واضحة قوية، سليمة من الزيف، مبرأة من النقص والعيب، هداية للمضالين ورحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين المهتدين.

أما بعد، فهذا كتاب وضعته فيما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فى موضوع الضمان من بحث ونظر وتاصيل وتفرع ومقايسات ومفارقات واختلافات بينهم فيما نتج عن ذلك من أحكام وضوابط كان أساسها اجتهادهم ومراعاتهم أعرافهم، وتقديرهم للظروف والملايسات عند إنزال الأحكام على ما عرضوا له، أو عرض عليهم من الأحداث مع الاسترشاد بالأصول العامة للشريعة الإسلامية، والقواعد الكلية الفقهية المستمدة من استقراء الأحكام الشرعية، وذلك فى مجال اتسمت جوانبه، وميدان تباعدت حدوده وأطرافه وتعددت موضوعاته، واختلفت اتجاهاته، وكثرت نوازله ووقائعه وأحداثه، وقلت مع ذلك ما أثر فيه من نصوص وكثر ما حدث فيه من تطورات وتغيرات؛ مما كان له الأثر الواضح فيما أثر وحفظ عن فقهاءنا من خلاف شديد فى الأحكام، وتعارض فى المبادئ والقواعد التى خالفته القوانين الوضعية فى كثير من الأحوال، ولم تهبأ الفرصة مع ذلك لإزالة هذا الخلاف بالتوفيق بين المنازع المختلفة، والتقريب بين الأنظار المتباعدة؛ وذلك لانصراف الناس عن تطبيق الأحكام الشرعية واكتفائهم بتطبيق ما حملوا عليه من تطبيق القوانين الوضعية جهلاً منهم بما للشريعة الإسلامية من آثار طيبة، وبما لها من وزن وتقدير ومنزلة؛ إذ كانت شريعة الحكيم العليم.

ولقد أردت من كتابى هذا أن أعرض ما للفقهاء فى هذا الميدان من بحوث وأنظار وأهداف، وما قصدوا إليه من مصلحة، ليكون ذلك أساساً لموازنة بين أحكام الفقهاء تهدف إلى التقريب بينهما والتوفيق بين أحكامهما مادام كل منهم لم يؤسس حكمه إلا على المصلحة، ومراعاة العرف، والحفاظ على أموال الناس وحقوقهم حتى لا ينال أحدا منهم أذى ولا ضرر. ولهذا عنيت ببيان معنى الضمان وحصر أسبابه وشرحها، وما استتبع ذلك من تفرع وتقسيم وأحكام دون الاختصار على مذهب معين من مذاهب الفقهاء؛ حتى يكون النظر الإسلامى واضحاً مائلاً فى كل صوره وأحواله. وقصرت هذا البحث على ضمان الأموال لندرة ما ورد فيه من النصوص، وأرجأت بحث موضوع الكفالة، وضمان النفس وسلامتها إلى زمن مستقبل أرجو فيه التوفيق للقيام بذلك. والله المعين الموفق للصواب.

القسم الأول

دراسة لأهم مسائل الضمان
فيما يتلف من الأموال مع
الموازنة بين آراء الفقهاء

نظرية الضمان في الفقه الإسلامي

مخالفة الإنسان لما تجب عليه طاعته تستوجب مسؤوليته:

وهي تبعة مخالفته لما يجب عليه فيه الطاعة، وهي مسئولية أدبية؛ إذا كانت مخالفة لواجب خلقى لم يعرض له القانون، ولم يأمر به؛ إذ لا يعرض القانون لما يأمر به الخلق وحسن السلوك إذا كان مما لا يترتب عليه مساس بحق من حقوق الناس، فإن أمر به القانون ورتب على مخالفته عقوبة؛ بسبب ذلك كانت المسئولية المترتبة على مخالفته جنائية، وإن لم يترتب على مخالفته عقوبة، ولكن رتب عليها حكما من الأحكام كانت مسئولية مدنية، وهي عقدية إن كان سببها مخالفة لعقد؛ أى التزام أساسه العقد، وتقصيرية إن كان سببها مجرد التزام ليس نتيجة لعقد.

ذلك اصطلاح جرى عليه رجال القانون. أما رجال الفقه الإسلامي فقد كان لهم في هذا البيان أسلوب آخر يختلف عن هذا الأسلوب في التعبير ولا يختلف عنه في الجوهر والمعنى. فهم في بيانهم يعبرون عن الإخلال بهذه الأوامر باسم المخالفة، أو بما يؤدي هذا المعنى متبوعا بما يدل على موضوعها من أنها مخالفة أخلاقية، أو مخالفة قانونية ونحو ذلك. ويرتبون عليها في بعض أحوالها تبعة هي الضمان المالى، أو العقوبة المحضة التى ليست بمال؛ وذلك حيث لا تكون مخالفة لواجب أخلاقى محض.

ومن بيانهم لمعنى الضمان يتضح أنهم يريدون به على العموم شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه، وقد يطلقونه على ما يجب أدائه من مال تعويضا عن مال فقد.

وفيما يلى بيان لما يدل عليه اسم الضمان لغة وشرعا فى لسان الفقهاء.

التعريف بالضمان:

تقول العرب: ضمنت المال وضمنت بالمال ضمانا فأنا ضامن وضمته التزمته. ويتعدى إلى مفعول ثان بالتضعيف فيقال ضَمَنْتَ المال؛ ألزمته به (المصباح).

ويقال أيضا ضمن الشيء، أى جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه.

والضامن الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضُمَّان وضمنة - والضمان: الكفالة والالتزام (المعجم الوسيط). وجاء فى حديث صحيح رواه أحمد، وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان: «الخراج بالضمان». وهو من حديث عائشة رضى الله

عنها. وقد جاء في بعض طرقه أن رجلا ابتاع عبدا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيم، ثم وجد به عيبا فخاصم البائع إلى النبي ﷺ فرده فقال الرجل: يا رسول الله: قد استعمل غلامى، فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان». قال أبو عبيدة: المعنى أن خراج الغلام قد استحققه المشتري بضمانه؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله و«خراج الشيء منافعه وكل ما خرج منه من در ونسل ونحوه».

وإذن فالضمان في الحديث معناه التزامه به عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، هلاكه عليه، فإن ظهر مستحقا لزمته قيمته، وهو بهذا المعنى استعمال لغوى قريب من استعمال الفقهاء (١).

التعريف بالضمان في لسان الفقهاء:

يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي «الضمان والكفالة» على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمان كما سيأتى بيان ذلك. كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء.. وسيأتى بيان ذلك. واسم الضمان عند الشيعة الإمامية خاص بضمان المال، أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم.



والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد بثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوبا أداؤه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده، يضمته بقيمته إذا هلك لبائعه.

وللضمان مثلٌ عديدة: منها ضمان الكفيل ما يكفله من مال، فإن ذمته تشغل به على وجه يستتبع وجوب أدائه إلى صاحبه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أو تشغل ذمته بأدائه على وجه يستتبع مطالبته وإلزامه بذلك الأداء دون أن تشغل بالمال على ما ذهب إليه المحققون من الحنفية.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج ١ ص ١٨٢.

ومنها ضمان الكفيل إحضار من التزم بإحضاره من الخصوم إلى مجلس القضاء، وهذه كفالة النفس أو الوجه.

ومنها ضمان شخص تسليم عين من الأعيان في يد آخر كالعين في يد المستعير أو الغاصب.

ومنها ضمان الغاصب ما غصبه فتشغل ذمته برده إلى صاحبه مادام قائما ويدفع قيمته أو مثله إذا هلك تبعا لأنه قيمى أو مثلى.

ومنها ضمان المستعير لما استعاره عند من يرى ذلك وهم الشافعية والحنابلة؛ إذ تشغل ذمته بأداء قيمته إلى مالكة إذا هلك في يده ولو بأقاة سماوية.

ومنها ضمان المعتدى على مال غيره إذا أتلفه أو عيبه؛ إذ تشغل ذمته إما بقيمته، وإما بقيمة نقصه.

ومنها ضمان الدية في شبه العمد من القتل.

والأمثلة كثيرة، ومنها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلافهم، والضمان فيها كما رأيت قد يتعلق بالمال كما في ضمان الديون، وضمان قيم الأعيان المتلفة، وضمان الديات والأروش، وقد يتعلق بالأقاة كما في ضمان تسليم الأعيان وإحضار الخصم وأداء الدين. وقد يكون من نتيجته طلب الوفاء في الحال كالدين الحال، أو طلب الوفاء في وقت معين مستقبل كالدين المؤجل، أو في وقت غير معين مستقبل كالعارية في يد المستعير، إذ لا يطلب منه أداء قيمتها إلا عند هلاكها، وكالعين المضمونة تحت اليد الضامنة؛ لأن ذمة صاحب اليد تشغل بقيمتها وعليه أداؤها عند هلاكها.

وقد عرض بعض الفقهاء للتعريف بالضمان فعرّفه بعضهم بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه، وآخرون بما لا يكاد يختلف عن هذا التعريف، وهو تعريف قريب مما ذكرناه.

وفي الكتاب العزيز ما يدل على الضمان: قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾ [النساء: ٥٨]. فقد أوجب أداء الأمانة على من احتازها وقبضها ووجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به؛ لأنه أثر لتوجه الخطاب والطلب إليه، كما هو مبين. وذلك ما يتحقق به معنى الضمان وأنه شغل الذمة مما يجب الوفاء

به. وقال في سورة يوسف: ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ۖ﴾ (٧٢) أى ضامن.

وكذا ورد في السنة ما يدل على الضمان؛ فعن جابر بن عبد الله أن النبي صلوات الله وسلامه عليه كان لا يصلى على رجل مات وعاه دين. فأتى بميت فسأل: «أعليه دين؟» قالوا: نعم ديناران، فقال ﷺ: «صلوا على صاحبكم». فقال أبو قتادة: هما على يا رسول الله فصلى عليه - (رواه أحمد وأبو داود والنسائي) - فقد أقر رسول الله ﷺ ضمان أبي قتادة، وصلى على الميت من أجل ذلك.

وكذلك روى أنه صلى الله عليه وسلم طلب من صفوان بن أمية سلاحا وأدرع يوم حنين فقال له صفوان: أغضب يا محمد؟ قال: «لا بل عارية مضمونة» أى واجبة الرد إليك.

وقد ذكرنا آنفا حديث الخراج بالضمان.

ولما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه وقد لا يتحقق شرطه فلا يطلب كان أعم من الدين؛ ذلك لأن الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته فى جميع الأحوال، وإنما يستتبعه فى بعض الأحوال دون بعض، وذلك عندما يتحقق شرط وجوب الأداء. فالمرتتهن يعد ضامنا للعين المرهونة عند الحنفية ولا يطالب بشئ ما دام الرهن فى يده...

والمستعير ضامن للعين المستعارة عند الشافعية والحنابلة ولا يطالب بشئ ما دامت العين فى يده لم تنته إعارتها، فإذا هلكت طوّل بقيمتها.

وكذلك الحال فى ضمان الدرك، لا يطالب الضامن فيه بشئ إلى أن يظهر أن المبيع مستحق فيطالب بأداء الثمن.

أما الدين فيستتبع المطالبة بوفائه، ولا تنفك عنه المطالبة إلا عند تأجيله نتيجة لتنازل الدائن عنها مدة من الزمن، ومن هنا كان الضامن أهم من المدين، فكل مدين ضامن وليس كل ضامن مدينا.

وقد ذكرنا أن الفقهاء كثيرا ما يستعملون اسم الضمان فى الدلالة على المال المطلوب أداؤه تعويضا مثل قيمة العين المملوكة، فإنها تلزم من أتلفها للمالكها.

دليل شرعية الضمان

شرع الضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها؛ محافظة على حقوقهم وبعدا عن ضررهم ودرءا للعدوان عليهم وجبرا لما انتقص من أموالهم.

فقد قال رسول الله ﷺ فيما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما: «لا ضرر ولا ضرار»، والضرر: الضر، والفرق بينه وبين الضرار أن الضر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعداً وقيل: الضرار هو أن تضر من غير أن تتفع والضر أن تضر وتتفع أنت به. وقيل: الضرار: الجزاء على الضر؛ فالضر يكون ابتداء والضرار جزاء له^(١).

وروى عن أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت ما فيها فقال رسول الله ﷺ: «طعام بطعام وإناء بإناء»^(٢). وروى السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه»^(٣). وروى النعمان بن بشير عن النبي ﷺ أنه قال: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت يده أو برجل فهو ضامن» - وهذه الأحاديث ومثلها غيرها مما اكتفينا بما ذكرنا عنه دالة على أن الضمان مشروع عند أخذ المال بدون حق، أو عند إتلافه، وفي ذلك صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم.

أسباب الضمان:

للضمان، أو التضمن أسباب عديدة أشار إليها الفقهاء في مواضع متعددة من أبواب الفقه، قصداً إلى بيانها، أو عرضاً في مسائل تتصل بالضمان وتؤسس عليه أحكامها. ولم يظفر هذا الموضوع في الفقه ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وأنواعه وموضوعاته وأحكامه. وإنما جاء ذكره عرضاً كأصل بنيت عليه حلول كثير من المسائل عند بحثها وتعرف الحكم فيها، وحين عرض الفقهاء لبيان أسبابه على ما أشرنا إليه اختفت مناحيهم وعباراتهم في بيانها، فذكروا منها إلزام الشارع كما ذكروا العقد، وكثيراً ما يذكرون الاعتداء والإتلاف والغصب. كما يعد بعضهم منها التفويت والتعيب والتغيير، ويعد بعضهم اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور. وبعضهم يذكر التسبب، وهكذا مما نراه في كتب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرها.

وهذه الأسباب ما عدا السببين الأولين متداخلة بعضها في بعض كما يرى، فإن كلا من الإتلاف والتفويت والتعيب والتغيير والغصب ووضع اليد دون إذن من المالك

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٩، ٢٢١.

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٣.

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٨.

والحيلولة بعد اعتداء إذا حدث من مكلف مع القصد إليه في مال مملوك لغيره بدون حق، على حين لا يوصف شيء من ذلك بأنه اعتداء إذا حدث ممن لا تميز عنده، أو حدث من نائم؛ لأن الاعتداء لا يكون إلا عن مخالفة لما تجب الطاعة فيه من الأوامر ولا وجوب عند عدم التكليف، وكل ذلك يستوجب التضمن في الحالتين كما سيأتي.

وكذلك الغصب يتناوله وضع اليد من غير الملك كما يتناول كذلك الحيلولة في أكثر صورها ووضع يد غير المالك في غير حال الغصب، كما في وضع يد الملتقط على اللقطة إذا كان بنية إخفائها وتملكها، فإنه موجب للتضمن في الحالين ولا يوجب تضمينا إذا كان بنية ردها إلى مالكها.

وكذلك التعيب والتغيير متداخلان كما يبدو؛ فقد يكون التعيب بسبب التغيير وقد لا يكون التغيير تعيبا إذا كان لحالة هي أحسن وهكذا.

ومن أجل ذلك كان من المستحسن بالنسبة إلى ما عدا السببين الأولين أن نتحاشى التكرار أثناء البيان، وذلك بذكر هذه الأسباب تحت عنوان جامع ترتب عليه أحكام ما تناوله من أفعال تستوجب التضمن بالنظر إلى اندراجها تحت هذا العنوان، ثم يتلو ذلك ما ينفرد به كل فصل من حكم بالنظر إلى ما له من أحوال وصور أخرى ينفرد بها بعيدا عن هذا العنوان، ولعل التعبير بالفعل الضار يغنى عن ذكر كثير من هذه الأسباب..

ولذا فإننا نبدأ بذكر السببين الأولين، ثم نتبعهما بذكر الفعل الضار، ثم نتبعه بما نرى أنه في حاجة إلى البيان^(١).

السبب الأول إلزام الشارع

يظهر إلزام الشارع في كثير من حالات الضمان: مثل ضمان الديات والأروش، وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه، أو الصيد مطلقا عند الاعتداء عليه من محرم، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمدا في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وضمان ما يجب من النفقات بوجه عام، فإن الدمة في جميع هذه الأحوال تشغل بما يجب أدائه شرعا من مال للإلزام الشارع به إما عقوبة زاجرة عن عمل حرمه، أو معونة فرضها، لتكون ركيزة من ركائز التعاون الذي يتطلبه بقاء المجتمع، وبخاصة في أعضاء الأسرة الواحدة أو بين ذوي القربى.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي ص ٤٢٨. قواعد الأحكام للزبن عبد السلام الشافعي ج ٢ / ص

١٥٤. الفروق للقرافي المالكي ج ٢ ص ٢٠٦ وج ٤ ص ٢٧.

الغاية فيما ألزم به الشارع من مال،

ففيما ألزم به من المال عند الاعتداء على النفس، أو على طرف من أطرافها في بعض الأحوال وهو ما يعرف في الفقه باسم الديات، أو الأروش معنى العقوبة الزاجرة عن هذا الفعل المحظور؛ ولذا كانت مسئولية المعتدى في هذه الحال من قبيل ما يسمى في الفقه الوضعي بالمسئولية الجنائية؛ لأن الضرر فيها بوقوعه على الفرد قد مس المجتمع في أمته مساسا أصابه به الضرر، وكان له بسبب ذلك مساءلة المعتدى بواسطة من يمثله من أولى الأمر والولاية فيه، وكان الجزاء المترتب عليه من قبيل العقوبة، وإن كان جزاء ماليا يشبه أن يكون له صفة التعويض يعطى للمعتدى عليه عوضا عما أصابه من ضرر. ويقوى هذا الشبه، ويظهر جليا فيما يلزم به المعتدى في حالات الاعتداء التي لم يقدر فيها الشارع جزاء ماليا وترك تقديره لدوى الخبرة والنظر. وذلك ما يسمى في الفقه الإسلامي بحكومة العدل، إذ لا يخلو ذلك التقدير فيها من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء بواسطة ذوى الخبرة.

غير أن الفقهاء قد وضعوا لذلك أسسا باعدوا بها بين هذا التقدير وبين المعادلة التي يقوم عليها تقدير التعويض، ويدل عليها قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا...﴾ (٤٠) [الشورى] وقربوه من أن يكون عقوبة. فذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أنه ينظر في تقدير الجزاء إلى أقل شجرة لها أرض مقدر من الشارع وهي الموضحة^(١)، فيوازن بينها وبين الجرح الحادث حتى إذا تبين أن مقدار الجرح يعادل ثلثها أو ربعها مثلا كان الواجب ثلث أو ربعها، وهو عبارة عن نصف عشر الدية^(٢)، وإلى هذا ذهب الكرخي وصححه شيخ الإسلام^(٣).

وذهب الطحاوى إلى أن المشجوج يفرض عبدا فيقوم بلا شج ثم يقوم بهذا الشج، وعلى أساس التفاوت بين القيمتين ونسبة إحداهما إلى الأخرى تنقص الدية، فإن كانت القيمة حين الشج ثلاثة أرباع القيمة سليما كان الواجب ثلاثة أرباع دية الحر كاملة، وقد أفتى بهذا الرأي كما في «الوقاية والنقاية والملتقى والدر والحانية» وغيرها.

(١) وهي الشجرة التي تظهر العظم.

(٢) الدية مائة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة.

(٣) هو محمد بن الحسين بن محمد أبو بكر المعروف ببيكر خواهر زادة كان شيخ الأحناف فيما وراء النهر.

توفى سنة ٤٨٣ هـ.

وقد لوحظ على الرأي الأول أنه إنما يستقيم لو كانت الجناية في وجه أو رأس حيث تكون الموضحة، أما إذا كانت في غيرها فلا تستقيم الموازنة؛ ولذا كان الرأي الثاني أيسر وأوضح.

وذهب آخرون إلى أن حكومة العدل تقدر بما يتطلبه علاج الجرح أو الشجة من النفقة وأجرة الطبيب وثمان الأدوية وما إلى ذلك إلى أن يبرأ.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى الأخذ بالرأي الثاني، وفيه قال ابن المنذر أنه قول كل من يحفظ عنه من أهل العلم.

والبادي أن هذه آراء اجتهادية أساسها القياس على ما ورد من الأروش في الشجاج، وعدم مراعاة التفاوت بين أفرادها بالنسبة إلى النوع الواحد منها إذ لا تخلو من تفاوت فيما بينها، وذلك ما يجعل هذا النوع من الجزاء أشبه بالعقوبة منه بالتعويض، وبخاصة إذا لوحظ أنه في مقابلة ما لا يقوم بالمال، والتعويض المحض يكون في مقابلة المال بالمال، ولذا كان هذا النوع من الجزاء ذا شبهين: شبه بالعقوبة وشبه بالتعويض، وهو إلى العقوبة أقرب^(١).

ولمثل هذه المعاني سلم ما أشرنا إليه ابتداءً، وهو أن ما كان التقدير فيه من الشارع يعد من قبيل العقوبة؛ لأنه لا يختلف ولا يتغير باختلاف من أصابه الضرر ولا باختلاف أثره؛ لأنه مؤسس على ما لكل إنسان من حق الحياة الماثلة في جسمه وأجزائه وهو حق يستوى فيه الناس جميعاً، وهذا ما جعله بالعقوبة الصق وأقرب. وبناء على ذلك لم يدخل هذا النوع في موضوع دراستنا. وكذلك الوضع فيما ألزم به الشارع الصائد المحرم من مال عند اعتدائه على الصيد، وفيما ألزم به المعتدى على صيد المحرم، وفيما ألزم به من كفارات في الأيمان وفي الإفطار عمداً في رمضان، وفي الظهار، فإن هذا الإلزام يعد من قبيل العقوبة والزجر عن هذا الفعل المحظور، وليس له في هذه الأحوال شبه بالتعويض عن الضرر؛ إذ ليس هناك ضرر قد مس فرداً في حق من حقوقه، ولم يكن إلا ارتكاب إثم أراد الشارع الزجر عنه بذلك الإلزام؛ ولذا كانت المسؤولية فيه من قبيل المسؤولية الجنائية، وكان الجزاء عقوبة محضة.

ويلاحظ أن الإلزام في الاعتداء على الصيد ليس مسبباً عن الاعتداء، فإنه واجب أيضاً على النائم إذا انقلب على صيد الحرم فقتله فإن الجزاء يلزمه، في حين أن النائم

(١) الدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ٤١٢.

غير مكلف حال نومه فلا يكون فعله عندئذ اعتداء. وهو إلى ذلك في هذه الأحوال لا يعد تعويضا عن مال مملوك أتلّف، كما يبعده عن هذا المعنى عند الاعتداء على الصيد أنه عندما يشترك في هذا الاعتداء أكثر من واحد فإنه يجب على كل واحد جزاء كامل ولو كان تعويضا أو شبيها به؛ لاشتراك المشتركين في جزاء واحد، وقد جاء في الهداية أن هذه غرامة تشبه غرامات الأموال من ناحية أنها مترتبة على اعتداء على مال لا من ناحية أنها تعويض، وجاء في البحر أنها كفارة عن جريمة تمثل في الجناية على الإحرام بارتكاب محظور من محظورات العامة والناس فيه سواء^(١).

أما ما ألزم به الشارع من النفقات على العموم، أو من زكاة الأموال فشغلت به الذمم فإنه كذلك لا يحمل معنى التعويض عن ضرر وقع ولا معنى الزجر والعقوبة. وإنما يعد من قبيل ما يتطلبه نظام المجتمع من واجبات يقوم بأدائها أفرادها ليصلح عيشهم؛ ولذا كانت المسؤولية في هذه الأحوال عند الامتناع عن الأداء تختلف عن المسؤوليات السابقة من ناحية أن المخالفة فيها اعتداء مجرد ومخالفة لأمر ديني، وأن الضرر المترتب ليس بالضرر الخاص وإنما هو خروج على نظام يتطلبه أمن المجتمع وسلامته، وإذا أريد له جزاء لم يكن إلا العقوبة الرادعة بالتعزيز الزاجر، ولهذا لم تكن حالات هذا الضمان والمخالفة فيه مما يتناوله موضوع دراستنا؛ لأنها في الضمان المالي الذي يعد تعويضا عن ضرر مالي.

ويلاحظ أن الضمان المترتب على أسباب الضمان الأخرى لا يعدو أن يكون ضمنا أمر به الشارع وألزم به؛ لأن الضمان حكم ولا حكم إلا للشارع، فكل التزام تشغل به الذمة مرده إلى إلزام الشارع، غير إن إلزام الشارع قد يكون مباشرا ومنصبا على الملتزم به ابتداء، وقد يكون مرتبا على سبب وعندئذ يضاف إلى هذا السبب المباشر وإن كان مرده في النهاية إلى إلزام الشارع، وذلك كما في سائر أحوال الضمان فإن الإلزام فيها أوجه الشارع عند وجود سببه.

ويلاحظ أن تضمين الضامن في حالة الضمان المترتب على العقد أو على الاعتداء على الحق، قد يكون في بعض صورته - كما في رفع يد المالك عن ملكه، أو وضع يد ليست محقة عليه - أثرا لضرر لم يكن سببه فعلا حدث من شخص على وجه المباشرة أو على وجه التسبب وإنما يكون نتيجة لأمر سماوى لا يد للضامن فيه، وذلك كما في

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٢١١، الهداية ج ٢ ص ٢٥٨، البحر ج ٣ ص ٣١.

هلاك العارية في يد المستعير عند من يرى تضمينه عند الهلاك، وكما في هلاك العين المستأجرة عند مخالفة المستأجر لما يدل عليه العقد وصيرورة يده يد ضمان، وكما في هلاك الأمانة عند تقصير الوديع في حفظها، ففي هذه الأحوال وأمثالها يضمن ذو اليد ولو لم يكن منه إتلاف بطريق مباشر أو بتسبب، وهذا ما سنفصل فيه القول عند التعرض لبيان المسئولية وأنواعها.

ولما كان موضوع دراستنا هذه لا يتناول بحث الضمان بالزام الشارع وتفصيل القول فيه، فإننا نكتفي بما ذكرنا في بيانه على إجماله ونتبعه ببيان الأسباب الأخرى وما يترتب عليها من أحكام.

السبب الثاني الالتزام

من العقود ما شرع لإفادة الضمان حكما له وأثرا كعقد الكفالة، وهو التزام يتم بين طرفين على رأى بعض الفقهاء فيكون عقدا بالمعنى الخاص المعروف للعقود، ويتم من جانب واحد هو الكفيل على رأى فريق آخر من الفقهاء فيكون عقدا بالمعنى العام للعقد أو التزاما. وعلى أية حال فإن حكمه المترتب عليه التزام الكفيل وهو الضامن ضمان المكفول فتشغل به ذمته كما تشغل بأدائه. والمكفول به قد يكون ديناً في ذمة مدين فتشغل به ذمة الكفيل كما تشغل بأدائه على رأى جمهور الفقهاء، وتشغل بأدائه فقط على رأى محققى الحنفية، وعندئذ يكون المكفول فعلا هو أداء الدين لا الدين نفسه - وقد يكون المكفول به فعلا كما في الكفالة بتسليم الأعيان.

والأعيان التى يضمن تسليمها قد تكون تحت يد ضمان فتكون مضمونة على صاحب اليد كالعين المغصوبة في يد غاصبها، وقد تكون تحت يد أمان فتكون أمانة كالوديعة تحت يد الوديع، وكذلك جميع الأمانات - فإذا كانت العين المضمون تسليمها مضمونة كانت ذمة الضامن مشغولة بتسليمها ما دامت قائمة، فإن هلكت شغلت ذمته بقيمتها. وكان عليه الوفاء فى الحالين بما شغلت ذمته به. وإن كانت العين من الأمانات شغلت ذمته بتسليمها فقط مادامت قائمة، فإن هلكت انقضى ضمانه ولا يطالب بشيء.

الضمان المترتب على العقود:

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا لازما لحكمه كعقد البيع فإنه شرع لإفادة الملك فى البيع والتمن، ويلزم ذلك التزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته كما قد تشغل ذمته بالمبيع

نفسه دينا للمشتري إذا كان البيع سلما فيه، وكذلك يلتزم به المشتري بتسليم الثمن إلى البائع إذا كان عينا وتشغل بتسليمه ذمته كما تشغل به ذمته أيضا إذا كان دينا. وكعقد العارية إذ إنه مشروع لإفادة ملك منفعة العين المستعارة، أو إباحتها على الخلاف فيما تفيده العارية من إباحة أو تملك.

وكما يترتب الضمان على بعض العقود أثرا لازما لأحكامها يترتب عليها أثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف؛ لأن المعروف عرفا في العقود كالشروط فيها شرعا، وأساس ذلك قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وإنما يكون الشرط في العقد ملزما إذا كان مفيدا - أما إذا لم يكن مفيدا فلا يلزم. ذهب إلى ذلك الحنفية، وذهب الشافعية في الأرجح عندهم إلى أن الشرط في الحالين يكون ملزما ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة^(١).

وإذا كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به كما في ضمان الدين، وكما في ضمان الدرك عند الجمهور، وذلك عند استحقاق المبيع إذ تشتغل ذمة الضامن بالثمن، وبناء عليه إذا كان المضمون مالا كان على الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه، فإذا امتنع أجبره القضاء على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين بوفاء دينه، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن كما سيأتي.

أما إذا كان الضمان متعلقا بفعل كما في التزام الأجير بالعمل وكما في الالتزام بتسليم العين وامتنع الملتزم عن الوفاء فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزير، جزاء على ظلمه وليس عليه أيضا تعويض بسبب ما ترتب على تأخيره الوفاء من ضرر.

ذلك لأن وجوب التضمن بالمال إنما يكون في ضرر مالى أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار. أما الضرر الذى لا يتمثل في فقد مال كان قائما فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا، غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن أن يقوم بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له لزمه التعويض بأداء قيمة ما تلف، وذلك كما إذا استأجر إنسان آخر لترميم جدار فامتنع عن ذلك فترتب عن امتناعه سقوط الجدار، أو استأجر أجيرا ليقم له حاجزا على حافة

(١) المذهب ج ١ ص ٣٥٩ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٤.

مزرعته ليمنع طغيان ماء النهر عليها ثم امتنع فتسبب عن امتناعه أن طغى الماء عليها فأتلف ما فيها من زرع، فإنه يلزم بقيمة ما تلف لتسببه في هذا التلف.

ويلاحظ أن هذا ليس من قبيل ضمان العقد، إذ لم يكن من أثر عقد الإجارة ضمان الجدار أو ما في المزرعة من زرع، وإنما هو ضمان إتلاف حدث تسببا بسبب امتناع الأجير عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا. وقد جاء في «كشاف القناع» من كتب الحنابلة^(١) أن الأجير يلزم بأن يشرع فيما استؤجر عليه عقب العقد إذ من أثره مطالبته حالا بالقيام بما التزم به من عمل، فلو ترك ما يلزمه بلا عذر فتلف المال «محل العمل» بسبب هذا الترك ضمن قيمة ما تلف بسبب امتناعه وليس هذا بخارج عما تقتضيه قاعدة تضمين المتلف بطريق التسبب التي هي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية.

معنى ضمان العقد:

ولم يكن هذا من ضمان العقد؛ لأن ضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع، الثمن إذا كان عينا والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عينا معينة، وبذل الصلح إذا كان عينا كذلك.

وفي الأشباه للسيوطي^(٢). ما يضمن ضمان عقد قطعا هو ما عين في صلب العقد من مبيع أو مسلم فيه أو أجرة أو ثمن أو صلح إذا كانت أعيانا، فهذه الأعيان وأمثالها تعد مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها إذا تلفت قبل تسليمها، وضمانها عندئذ يكون مما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه، ويبطل عقد البيع ويرد الثمن إذا كان قد أدى قبل ذلك.

وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عينا، إذ إنه يعد في الواقع مبيعا، وذلك لأن ضمان العقد لا يقوم على تحقيق الماثلة والمكافأة بين العوض والمعوض عنه كما هو الحال في ضمان الإتلاف، وإنما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي تضمنه العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما من العقد؛ ولذا سقط اعتبار التفاوت فيه بين البديلين، بخلاف ضمان الإتلاف؛ إذ يجب فيه مراعاة المساواة في القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البديلين على الآخر، ويجبر فيه الأبى على قبول البديل، ويراعى فيه أوصاف التالف عند

(١) ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) ص ٢٧٧.

التقدير، على حين لا تراعى هذه الأوصاف في ضمان العقد ذلك، لأن العقد إنما يرد على العين دون أوصافها، بخلاف الحال في ضمان الإلتلاف إذ أساسه الفعل الضار والفعل يرد على العين وعلى أوصافها فوجب لذلك مراعاتها في التقدير؛ ولذا قالوا أن من غصب جارية ناهدة الثدين فانكسر ثدياها عند الغاصب ضمن نقصانها بخلاف ما إذا اشتراها ناهدة الثدين فانكسر ثدياها عند البائع قبل تسليمها، إذ ليس للمشتري تضمين البائع ما أصابها وذلك بنقص قيمته من الثمن؛ لأن الثمن إنما كان في مقابلة ذات الجارية.

الفرق بين ضمان العقد وضمان الإلتلاف وضمان اليد؛

ومن هذا البيان يبين أن ضمان العقد يختلف عن ضمان الإلتلاف وضمان اليد فإن ضمان الإلتلاف إنما يكون أثرا للإلتلاف، ويضمن به المثل قيمة ما أتلّفه وقت تعديده سواء أكان المال المثلّف في يده أم لا، وضمان اليد هو الضمان يتلف المال في ضمان، وذلك بسبب لا يد لصاحب اليد فيه، ويراعى في هذين النوعين قيمة المال التالف إذا كان قيما وأداء مثله إذا كان مثليا - كما يتبين أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء غير المسؤولية العقدية في إصلاح فقهاء التشريع الوضعي، فضمن العقد ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال تالف، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد؛ ولذا فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه، وذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينيا. أما إذا كان التنفيذ بأداء مال، فإن الواجب حينئذ هو الالتزام بأداء هذا الدين جبرا بما تؤدي به الديون جبرا، ولا يكون عندئذ محل للمسؤولية العقدية^(١)؛ وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلى أن يمثل. أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضى بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعا، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلّف، وإلا كان أكلا له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضا عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعا؛ لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلا له بالباطل، وإنما جازت الإجارة مع أن فيها مقابلة مال، وهو الأجرة بغير مال، وهو

(١) الوسيط للدكتور سنهوري ج ١ ص ٦٨٣.

المنفعة فيما يرى الحنفية، للضرورة والمصلحة العامة التي اقتضت ذلك تأسيسا على قيام الأعيان فيها مقام منافعتها، وعلى تراضى المتعاقدين على ذلك، وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي كما لا يرتب التعويض على الضرر الأدبي.

العقود التي تفيد ضمانا:

والعقود التي يترتب عليها الضمان هي: عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد النكاح والطلاق بعوض، والخلع والعارية عند الشافعية والحنابلة، والصلح والكفالة. وقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده عدا الكفالة، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده والعقود المشار إليها موجبة للضمان عند صحتها، وعلى ذلك فهي توجب الضمان عند فسادها، غير أن عقود الأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والعارية عند الحنفية والمالكية، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف.

فالباع عند صحته يوجب ضمان المبيع على البائع ما دام في يده قبل أن يسلمه، وهلاكه في هذه الحال يكون بثمنه فيسقط عن المشتري ويستردده من البائع إن دفعه إليه ويبطل العقد. أما إتلافه في هذه الحال فإن كان من البائع فكذلك الحكم.

وإن كان المشتري عد بذلك متسلما وقابضا له وتم بذلك البيع، وإن كان من أجنبي كان المشتري مخيرا بين إبطال البيع واسترداد الثمن من البائع إن كان قد دفعه، ومعنى ذلك ضمانه على البائع بالثمن، ثم يرجع البائع على المتلف بقيمته وقت الإتلاف. وبين أن يمضى البيع ويرجع على المتلف بالقيمة وقت الإتلاف، ومؤدى ذلك في الحال الأولى ضمانه على البائع بالثمن ضمان عقد، وعند ذلك يرجع البائع على المتلف فيضمنه بقيمته وقت إتلافه ضمان تعد وإتلاف، وفي الحال الثانية ضمانه على المتلف ضمان إتلاف للمشتري.

وأما إذا هلك في يد المشتري فإن هلاكه يكون عليه في حال صحة العقد، أما عند فساد فالباع في يد البائع قبل تسليمه على ملكه؛ إذ لا يترتب على البيع الفاسد حكمه قبل القبض، وإذا هلك هلك عليه، أما إذا تسلمه المشتري فإنه يكون مضمونا عليه ضمان يد.

وقد اختلف النظر في ضمانه حيثئذ فمن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان يد بقيمته عند تسلمه، إذ إن المشتري قد قبضه بغير حق، ويجب عليه شرعا أن يرده إلى مالكه تجنباً للمحذور شرعا. وليس لرضا البائع بالتسليم اعتبار مع الحظر من الشارع ولا للاتفاق على الثمن اعتبار أيضاً؛ لبطلانه في ضمن فساد العقد.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان عقد بالثمن للاتفاق بين المتعاقدين على تملكه بالثمن المتفق عليه قياساً على من قال لآخر: تصدق بمالك هذا عني بكذا، وهذا القياس محل نظر؛ إذ في الأمر بالتصدق نظير مبلغ من المال وتنفيذ الأمور هذا الأمر اتفاق على أن يملك الأمر بالمبلغ المعين ما أمر بالتصدق به وعلى توكيله صاحب المال بالتصدق به عن الأمر وليس الحال كذلك في البيع الفاسد فإن الاتفاق فيه اتفاق لا يقره الشارع لفساده ووجوب الثمن عند التلف لا أساس له؛ لأن الواجب حيثئذ هو قيمة التالف والضمان عندئذ ضمان يد لا ضمان عقد.

وعقد الإجارة يوجب ضمان المنفعة على المتفع بالأجرة عند انتفاعه إذا كان العقد صحيحاً، وكذلك إذا كان فاسداً، غير أن المضمون في الحال الأولى هي الأجرة المسماة، وفي الحال الثانية أجرة المثل بالغلة ما بلغت عند الشافعية^(١)، وعند الحنفية الواجب في هذه الحال أجر المثل لا يزيد عن المسمى إن كان هناك مسمى لرضا الطرفين^(٢).

وعقد الإجارة يفيد ملك منفعة العين المستأجرة بعوض، فإذا كان المستأجر عينا استتبع أن يكون للمستأجر حق مطالبة المؤجر بتسليم العين المستأجرة لاستيفاء ما تم التعاقد عليه من منفعتها والتزام المؤجر بتسليم العين إليه فإذا سلمها إليه وفاء لالتزامه بتسليمها كانت يد المستأجر عليها يدا محقة مستندة إلى عقد الإجارة وكانت لذلك يد أمانة مادام عند عقده لم يتجاوز حقه الذي تملكه في الانتفاع بها، ولا ما شرط في العقد من شروط وما يوجب عليه الم عرف، فإذا تجاوز ذلك أصبحت يده لا تستند إلى العقد؛ ولذا تتحول يد ضمان فإذا تلفت العين في يده ضمنها بقيمتها أو بمثلها عند الاعتداء عليها ضمان يد.

وإذا كان المستأجر أجيراً استتبع العقد إلزامه بالقيام بما استؤجر عليه وذلك يوجب عليه بأن يسلم نفسه إلى المستأجر إذا كان أجيراً خاصاً وأن يقوم بما التزم به من عمل،

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٢٣.

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٣٣.

وإن كان أجيرا مشتركا استتبع العقد إلزامه بأن يقوم بما استؤجر عليه من عمل، وعند ذلك تشغل ذمة كل منهما بأداء العمل الذي تم عليه التعاقد، فيكون ضامنا لما استؤجر عليه من تسليم أو عمل ضمان عقد حتى إذا لم يقم بذلك لم يستحق أجرا.

وإذا اقتضى العمل المستأجر عليه وضع يده على مال أو متاع للمستأجر كانت يده عليه يد أمانة، وفي ذلك خلاف بالنسبة إلى الأجير المشترك نعرض له في موضعه.

وعقد الإجارة يستتبع شغل ذمة المستأجر بالأجرة فتصبح في ضمانه ويجب عليه أداؤها عند توافر شرط ذلك، غير أنها تصير مشغولة بها عند الشافعية، بمجرد العقد ومن ذهب مذهبهم لتحقق المبادلة بالعقد، ويرى الحنفية أن الذمة لا تشغل فعلا إلا باستيفاء المنفعة؛ لأن المبادلة لا تتم إلا عند ذلك فإذا لم يتحقق الانتفاع وفاتت المنفعة على من تملكها سقطت الأجرة وبرئت ذمة المستأجر. ومن ذلك أن المنفعة مضمونة ضمان عقد بالأجرة على المؤجر سواء أكان مؤجرا لعين، أم مؤجرا لنفسه، كضمان المبيع لدى البائع إذا تلف في يده إذ يعد مضمونا عليه بالثمن، وهذا إنما يظهر على ما ذهب إليه الشافعية من حصول المبادلة بين المنفعة والأجرة بمجرد عقد الإجارة.

أما على مذهب الحنفية فلا يظهر إذ لا يكون لعقد الإجارة عندهم أثر في المعقود عليه وهو المنفعة قبل الانتفاع فعلا أو قبل تسليم العين، ولهذا إذا كانت الأجرة عينا معينة ملكها المؤجر للعين أو الأجير في الحال بمقتضى العقد عند الشافعية، ولكنهم يرون أن الملك فيها ملك مراعى كلما مضى جزء من الزمن على السلامة أو انتهى جزء من الانتفاع استقر على ما يقابل ذلك، فإذا فاتت المنفعة كلها في هذا الحال ولم يحدث الانتفاع انفسخت الإجارة وانتقض الملك وصارت العين إلى من كان يملكها.

أما الحنفية فيرون أنه إذا ما كانت الأجرة عينا معينة لم يكن للمؤجر فيها ملك إلا باستيفاء المنفعة فيملك منها ما يقابل ما استوفاه من المنفعة، حتى إذا استوفى المستأجر المنفعة وكلها ملك المؤجر العين كلها. وعلى ذلك تكون العين في يد مالكها بعد عقد الإجارة وتقام الانتفاع، بناء عليه مضمونة بالقيمة أو بالمثل، وهذا ظاهر إذا كان الهلاك بعد استيفاء المنفعة؛ لأنها صارت مالا مملوكا هلك في يد غير مالكة، وكانت يده عليه يد ضمان، أما إذا كان الهلاك قبل استيفاء المنفعة وبعد تمام العقد فإن عقد الإجارة يفسد بهذا الهلاك؛ للعجز عن تسليم الأجرة وبفساده تهلك العين على مالكها، إذ لا يترتب على عقد الإجارة في هذا الحال أثر - وإذا ظلت العين المستأجرة في يد المستأجر بعد

انقضاء عقد الإجارة كانت أمانة أيضا استصحابا لما كانت عليه من قبل، ولأن المستأجر لا يلزمه الرد ولا مئوته وإنما يلزم بالتخلى فقط عند الطلب حتى لو شرط عليه الرد في العقد فسد العقد وهو مذهب الحنفية، وذلك بخلاف الأمانة الشرعية إذ عليه بمجرد ثبوت يده عليها إعلام مالكيها إن كان يعرفه وردها إليه وإلا ضمنها.

وذهب بعض الشافعية إلى أن يد المستأجر في هذه الحال تكون يد ضمان؛ لأن الإذن في وضع اليد كان مقيدا بعقد الإجارة، وقد زال، ولأنه إنما أخذ العين لمصلحة نفسه فاشبهه المستعير^(١).

وعقد النكاح يستتبع بمجرد تمامه شغل ذمة الزوج بالمهر إن كان دينا فيكون حكمه حكم الديون تشغل بها ذمة المدين، وأما إذا كان عينا فإنه يكون بمجرد العقد مملوكا للزوجة ويجبر الزوج على أن يسلمه إليها؛ ولذا يصير مضمونا عليه كالبيع في يد بائعه قبل تسليمه للمشتري إذ يصير مضمونا عليه بالثمن. غير أن المهر في حالتنا هذه غير مقابل بمال، ولهذا اختلف النظر في ضمانه وبدله إذا تلف في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة فإن ضمانه على الزوج حينئذ؛ لأنه مال مملوك للزوجة في يده وعليه تسليمه إليها بموجب العقد، فإذا لم يسلمه وجب عليه تسليمه لها وقت تعديه بعدم تسليمه إلى الزوجة عند القدرة عليه عند الحنفية، وإذا طلقها قبل الدخول في هذه الحال وجب عليه نصف قيمته لارتفاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإذا قبضته الزوجة فتلف في يدها وطلقها الزوج قبل الدخول بها وجب عليها رد نصف قيمته، لأنه تبين بالطلاق قبل الدخول فساد ملكها في النصف فكان يدها مضمونا عليها كما يكون مضمونا عليها له إذا كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هو معصية - هذا ما ذهب إليه الحنفية^(٢).

أما الشافعية فقد اختلفوا في ضمانه إذا كان عينا معينة فتلف في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة، والأصح عندهم أنه مضمون ضمان عقد فإذا تلف في هذه الحال وجب على الزوج بتلفه مهر مثل الزوجة ولا يضمنه بقيمته، وقيل: للزوجة بقيمته وهو قول أحمد.

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٠٦.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٢ ص ٣٦١ وص ٣٧٧.

وكذلك الحكم عندهم في بدل الخلع إذا كان عينا معينة، فذهب بعضهم إلى أنه مضمون في يدها ضمان عقد، فإذا تلف وجب بتلفه للزوج ما تم الاتفاق يضمه عليه مهرا.

وعقد الإعارة عند الشافعية والحنابلة يوجب ضمان العارية في يد المستعير، فإذا تلفت في يده ضمنها بقيمتها يوم تلفها إن كانت قيمة سواء أكان تلفها نتيجة تعدد من المستعير أم لا وضمنها بمثلها إن كانت مثلية، وذلك أثر من آثار العقد عندهم، وعلى هذا فضمانها لا يختلف عن ضمان الاعتداء. والحكمة في ذلك توفير مال المعير حتى لا يناله ضرر بسبب ما تفضل به على المستعير من الانتفاع بالمجان، ولأن الغنم بالغرم - وهذا الذي ذكرناه مذهبا عند الشافعية هو ما ذهب إليه السبكي واختاره كثير منهم، ولكن جاء في «الأنوار» من كتبهم إن المستعير إنما يضمن العارية عند تلفها بالقيمة مطلقا سواء أكانت قيمة أم مثلية، والعبرة بقيمتها وقت التلف، واعتمده بعض الشراح^(١).

وأما الصلح فهو عند إفادته الضمان يكون بيعا إذا قام على مبادلة مال بمال، أو إجارة إذا قام على مبادلة منفعة بمال، وعليه يكون الحكم فيه كالحكم فيهما.

وأما الكفالة فستفصل أحكامها عند كلامنا عليها لطوله في الجزء الثاني من الكتاب.

الضمان بفاء على التزام بالنيابة.

ومما يتناوله هذا السبب الالتزام بسبب النيابة، وهذه النيابة قد تكون اختيارية بإرادة النيب كما في الوكالة، وقد تكون بحكم الشرع أو العرف كما في نيابة الوصي عن الصغير والقيم عن المحجور عليه والحاكم بناء على ولايته العامة، والولاية التي تستوجبها الضرورة، دفعا للضرر وأقرها الشارع بناء على ذلك، والولاية في أي تصرف يقضى العرف برضا صاحب الشأن عنه بحيث لو رجع إليه فيه قبل مباشرته لارتضاه وأذن به، ففي هذه الأحوال يكون ما ينفقه النائب من مال في حدود ولايته مضمونا على المتوب عنه بحيث يكون له الرجوع عليه به في ماله ويظهر ذلك بما يأتي:

أولا: فيما ينفقه الوكيل في حدود وكالته من مال في شراء سلعة أو في عمارة دار أو في نفقه أو في قضاء دين أو نحو ذلك، فإن ذلك يكون مضمونا على الموكل للوكيل أن يرجع عليه به.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٨٩، ٤٢٨ والقواعد لابن رجب ص ٢١٤.

ثانيا: فيما يتفقه الولي أو الوصي أو القيم من ماله في شأن من شئون المولى عليه غير متبرع به فإن ذلك يكون مضمونا على المولى عليه، يرجع به من أنفقه عليه في ماله.

ثالثا: في شركة الملك، فإذا احتاجت دار مشتركة إلى العمارة ولم تكن تقبل القسمة وأراد أحد الشركاء عمارتها لإحياء حصته فقام بذلك. فإن قام بذلك مضطرا كان ما أنفقه على حصة شريكه مضمونا عليه يرجع به في ماله وإلا كان متبرعا.

ويتحقق الاضطرار الذي يسوغ له الرجوع على شريكه إذا أبى الإنفاق معه، ولم يكن للقاضي حق إجباره على العمارة. أما إذا لم ياب أو كان للقاضي حق إجباره ولم يرفع أمره إلى القاضي ولم يستأذنه فيها فأنفق عليه متبرعا، ولم يكن ما أنفقه مضمونا على شريكه يرجع به عليه في ماله. وفي مجمع الضمانات^(١) عن محمد في طاحونة بين شريكين أنفق أحدهما على مرمتها بغير إذن شريكه لا يكون متبرعا؛ لأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا بذلك.

وفي «الفتاوى الخانية»^(٢): قال الناطفي ما معناه: أصل هذا النوع أن كل من يجبر على أن يفعل مع صاحبه فعلا إذا فعله الآخر بلا إذن منه، أو من القاضي يكون متطوعا، وإن كان لا يجبر ففعله صاحبه مضطرا لا يكون متبرعا.

وفي «جامع الفصولين» أن الاضطرار إنما يثبت فيما لا يجبر صاحبه عليه لا فيما يجبر، إذ يمكن حيثئذ الرجوع إلى القاضي لإجباره أو لاستصدار إذنه.

وجاء في «الدر المختار» أن كل من أجبر شرعا أن يفعل مع شريكه فعلا إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع وإلا لم يكن متطوعا.

ولا يجبر القاضي الشريك على العمارة إلا في ثلاث مسائل:

١ - أن يكون الشريك ضعيف الأهلية أو فاقدها وعليه وصى.

٢ - أن يكون العقار المشترك وقفا وعليه ناظر.

٣ - أن تتعذر قسمة المال المشترك ككرى نهر ومرمة قناة أو بشر أو طاحونة أو

سفينة أو جدار لا يقبل القسمة. وهذه هي أحوال الإيجابار^(٣).

(١) ص ٢٨٦.

(٢) ج ٣: ص ١١.

(٣) الدر المختار وابن عابدين ج ٣ ص ٣٨٨ طبعة الحلبي.

وجملة القول أن الشريك إذا لم يكن مضطرا إلى العمارة بأن كانت عمارة يراد منها زيادة الغلة مثلا عما كانت، أو كانت القسمة ممكنة في العقار المشترك أو كانت العمارة مما يجبر عليها القاضى، وهى العمارة فى المسائل الثلاث المتقدمة فأنفق بلا إذن فهو متبرع - وأما إذا كان مضطرا إلى العمارة؛ إحياء لحقه ولم تمكن القسمة وكان الحكم أن شريكه يجبر على الاشتراك معه فيها، وهى العمارة فى المسائل الثلاث المتقدمة، فإنه لا بد فى رجوعه عليه بحصته فى المنفعة من إذنه أو أمر القاضى إن لم يصل إلى إذنه، وعندئذ يرجع على شريكه؛ لأنه قام العمل باعتباره وكيلًا عنه فيرجع بحصته عما أنفق، وإلا عد متبرعا.

وإن اضطر إلى العمارة فى غير المسائل التى يجبر فيها القاضى وأنفق بلا إذن أو أمر القاضى فالحكم كذلك فى رجوعه على شريكه بحصته مما أنفق وإلا رجع بقيمة ما أقام لا بما أنفق، ومقتضى هذا أن ذلك إنما يكون على أساس أن المنفق ليس وكيلًا وأن ما يقيمه لنفسه ملكا له وللشريك وأن يمتلك مقدار حصته بالقيمة.

وعلى الجملة فإنه يلاحظ أنه إذا لم يكن له حق الرجوع وأنفق وقامت القرينة على عدم تبرعه فإن ما يحدثه يكون ملكا له، وإذا أراد شريكه بعد ذلك مشاركته شاركه على أساس قيمة ما أحدث لا على أساس ما أنفق.

ويلاحظ أن من مسائل الإيجاب القيام بدفع الضرائب كالحراج ونحوه مما يجب أدائه شرعا^(١).

رابعاً: العلو والسفل: لصاحب العلو حق مقرر على السفلى هو حق قرار علوه عليه، ولصاحب السفلى حق على العلو هو دفع المطر والشمس عن سفله، غير أنه إذا تهدم السفلى بدون فعل مالكة، وفات بذلك حق صاحب العلو لم يكن له إيجاب ذى السفلى على إقامة سفله إذ لا يجبر الإنسان على عمارة ملكه. كما لا وجه لإيجابه لإحياء حق صاحب العلو؛ لأن فواته كان بلا تعد منه. ولكن إذا طالبه صاحب العلو بإقامة سفله فامتنع، أو كان غائبا فلم تمكن مطالبته فإن لصاحب العلو استحسانا أن يبنى السفلى ليقيم عليه علوه، وفى هذه الحال يكون ما يبنيه ملكا لصاحب العلو متبرعا به له وهذا إذا لم يمنعه من استئذان صاحب السفلى، أو القاضى عذر فإن منعه من ذلك عذر

(١) الدر المختار وابن عابدين ج ٣ ص ٣٨٧ - ٣٨٩ وجامع الفصولين ج ٢ ص ٥٩.

لم يكن في بنائه السفلى متبرعا لاضطراره إلى البناء ليصل إلى حقه، وحيث أن يكون ما ينفقه في ذلك مضمونا على صاحب السفلى يرجع به عليه (خانية وبزازية في باب الحيطان).

أما إذا بنى بإذن صاحب السفلى أو القاضى فإن ما ينفقه في الإعادة يكون مضمونا على صاحب السفلى بحكم النيابة عنه بإذنه أو بإذن من له الولاية العامة - وذهب بعض الحنفية إلى أن ما يقيمه من بناء في حال عدم الإذن يكون ملكا له - ولصاحب السفلى - إذا أراد - أن يملكه باعتباره تابعا لأرضه «رد للمختار آخر كتاب الشركة».

خامسا: في الرهن المستعار: يرى أبو حنيفة وصاحبه أن لمعير الرهن أن يفكه من المرتهن بأداء دين الراهن نيابة عنه فيجبر المرتهن على قبول الوفاء منه، وعند ذلك يكون ما يدفعه المعير في سبيل ذلك مضمونا على المدين يرجع به عليه.

ومرد ذلك إلى أن المعير يعتبر ذا ولاية على الراهن في ذلك للضرورة، إذ لا سبيل له إلى تخليص ملكه إلا بهذا الوفاء، ومن الفقهاء من أشار إلى أن سبب هذه الولاية الإذن الضمني من الراهن؛ إذ إن عقد الرهن على ملك غيره يتضمن رضاه بأن لملك الرهن أن يفكه بدفع الدين الذى عليه.

ويرجع المعير بكل ما يدفعه إلى المرتهن في افتكاكه، ولو كان أكثر من قيمة الرهن ولا يعد متبرعا بما زاد على قيمة الرهن؛ لأنه مضطر إلى قضاء كل الدين الذى رهن به؛ إذ لا فكاك إلا بقضائه كله فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاه عنه.

وذكر الكرخى أنه إنما يرجع بقدر قيمة الرهن على ألا تزيد على الدين - أما ما زاد عليها منه فيعد متبرعا به؛ حتى لو كان المستعير قد رهن العارية بألفين بإذن مالكها وقيمتها ألف... فافتكها بألفين لم يرجع إلا بألف؛ لأن المضمون على المستعير قدر الدين بدليل أنه لا يضمن عند الهلاك إلا قدر ما سقط به من الدين، فإذا قضى المالك الزيادة على ذلك كان متبرعا فإن الرهن لو هلك عند المرتهن لم يسقط بهلاكه من الدين إلا قدر قيمته، ولا يضمن المستعير للمعير إلا هذا القدر فما يدفعه المعير زيادة على ذلك يعد متبرعا فيه^(١).

(١) البدائع: ج ٦ ص ١٣٧، الخانية: ج ٣ ص ٦٠٤ على هامش الهندية.

ومثل ذلك في الحكم أحد المشتريين إذا دفع ثمن ما اشترياه على الشركة حال غيبة شريكه ليخلص له حقه عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف^(١).

سادسا: في قضاء دين الغير بدون إذنه: يرى الحنفية أن قيام شخص بوفاء دين عن غيره أو بأداء واجب عليه ولا ولاية له في ذلك يعد من قبيل التبرع فلا يكون ما ينفقه من مال في سبيل ذلك مضمونا في ذمة من عليه هذا الواجب، ومن ثم ليس للمنفق حق الرجوع عليه بذلك، وإلى هذا ذهب الشافعي.

ومبنى ذلك قاعدة لا إلزام بدون التزام، وعلى ذلك ليس لمن قام بهذا الوفاء إلزام من أدى عنه بما أداه لعدم التزامه له بما أداه عنه لدائنه وإن كان ملتزما لدائنه بذلك، إذ الالتزام للدائن ليس التزاما لغيره ممن يقوم بالوفاء.

وخالف في ذلك مالك وأحمد فذهبا إلى أن من أدى واجبا عن غيره استحق الرجوع عليه بما أداه من ذلك الواجب لضمانه إياه، وإلى هذا ذهب التشريع المصري، فقد جاء في المادة ٣٢٤: «إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بمقدار ما دفعه - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا أثبت له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء»، وقد ذهب التشريع العراقي إلى رأى الحنفية والشافعية إذ جاء في المادة ٢٣٩:

«إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل. ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين، أو أنه لم يكن عنده نية التبرع».

وجملة القول أن مالكا يشترط في رجوع الأجنبي بما أداه عن غيره:

أولا - أن يكون ثابتا مستحق المطالبة به فإذا كان غير ثابت ولو كان بسبيل الثبوت كنفقة الوالدين قبل أن يقضى بها، أو كان ثابتا غير مستحق المطالبة كالدين على ميت مفلس لم يكن لموفيه حق الرجوع بما أداه.

ثانيا - ألا يقصد الموفى بإيفائه إعنائه بل معونته.

ثالثا - ألا يكون في أدائه متبرعا.

(١) الجامع الصغير: ص ٨٧، فتح القدير: ج ٥ ص ٣٦٤.

ويرجع الموفى بما أدى إن كان أداؤه نقداً، وبما يقابل الدين الواجب من عرض أو مقاصة ويكون رجوعه بالأقل مما آداه ومن الدين الواجب، وبما تفرع على ذلك ما يأتي:

١ - من المدونة ج ١١ صفحة ١٤٢:

قلت أرأيت إن أكراني إبله وتركها في يدي فأنفقت عليها أكون لى على المكرى النفقة التى أنفقتها عليها: قال مالك: نعم يكون عليه ما أنفق عليها.

٢ - من الذخيرة للقرافي ج ٤ صفحة ١٢٩ فى الإجارة:

ابن شاس: كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره بأمره أو بغير أمره فعليه رد مثله فى القيام بالمال، وعليه دفع أجرة المثل فى القيام بالعمل إن كان لا بد من الاستئجار عليه، أو لا بد من إنفاق ذلك المال، وذلك بناء على حصول الإذن عادة خلافاً للشافعى، ونحن نعتد على العوائد، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال.

وجاء فى صفحة ١٠٣ من باب الصلح - قاعدة مذهبية: إذا فعل الإنسان عن غيره ما شأنه أن يفعله مضى فعله عليه تنزيلاً للإذن الشرعى فى الواجب، أو الإذن العادى فى غير الواجب منزلة الإذن القولى، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال.

وإذا كان الواجب الموفى نفقة لصغار ليس لهم ولى، أو غاب وليهم وخيف عليهم الضياع بتركها فأنفق عليهم أجنبى بنية الرجوع بما يتفقه كان له حق الرجوع به إذا لم يقصد بإنفاقه التبرع إذا كان للمنفق عليه مال وقت النفقة، أو كان له من تجب عليه النفقة من أقربائه وكان ما أنفقه على وجه السداد لأسرف فيه، وإلا كان فى إنفاقه متبرعا لا رجوع به على أحد، نص على ذلك فى المدونة ج ١١ صفحة ٣٨، ٣٩.

ذلك ما ذهب إليه مالك، أما ما روى فى ذلك عن أحمد فروايتان: إحداهما تتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، ومقتضاها أن من أدى واجبا عن غيره لا يستحق الرجوع عليه لاعتباره متبرعا بذلك، والثانية: وهى التى اشتهرت فى المذهب أن له حق الرجوع وذلك بشروط:

أولاً: أن يكون الواجب الموفى حقا لآدمي، فما كان حقا لله كزكاة وكفارة فليس لمؤديه عن الغير حق الرجوع فيه؛ ذلك لأن حق الله يقوم على النية من المكلف، والنية لا تصح فيها النيابة فى العبادة، لأنها تقوم على الامتثال والرضا.

ثانياً: أن يوفى بقصد الرجوع، ولا يكفي عدم القصد فإذا ذهل عن نية الرجوع لم يكن له أن يرجع، وسواء في المؤدى أن يكون قريباً أم أجنبياً، له مصلحة في ذلك أم ليس له مصلحة، وسواء في المؤدى عنه أن يكون عاجزاً عن الوفاء، أو ممتنعاً عنه قادراً عليه، وسواء أمكن استثنائه، أم لم يمكن، وخالف القاضي أبو ليلى في ذلك فاشتراط أن يتعذر استثنائه لغيبة أو نحوها.

ويرجع بالأقل مما أدى وقدر الواجب، وإذا كان الواجب مؤجلاً لم يستحق الرجوع به حالا.

وأساس ذلك كما ذهب إليه ابن قيم الجوزية الولاية الشرعية، أو الإذن الشرعي، فالمؤمنون بعضهم أولياء بعض، ومن يؤدي واجباً عن غيره يكون نائباً عنه في ذلك الأداء بحكم الشارع، ونصوص المذهب في ذلك عديدة^(١).

أما ما ذكره من أن من أدى ديناً عن غيره يعتبر متبرعاً فقد دل على فساده القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ...﴾ [الطلاق]. فأمر بإيتاء الأجور أمراً مطلقاً، وقال تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ [الرحمن]. وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه أن يضيع عليه معروفه فيكون جزاؤه إضاعة ماله، ومكافأته عليه بالإساءة. وقد عقد الله سبحانه وتعالى الموالات بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض، فمن أدى عن وليه واجباً كان نائبه فيه بمنزلة وكيله.

ثالثاً: إنقاذ مال الغير من الهلاك والغصب. يرى الحنفية أن من قام بإنقاذ مال لغيره أشرف على التلف أو على الضياع فأنفق في سبيل ذلك مالا، أو قام بعمل وجهه ففي ما يقوم به من عمل وجهه إن كان مثله يقوم به عادة من غير أجر فليس له عوض ولا أجر عن عمله ولا حق له في الرجوع على مالك المال بشيء في ذلك؛ لدلالة الحال على تبرعه بذلك، وعدم التزام صاحب المال بشيء له، وإن كان مثله لا يقوم بمثل هذا العمل إلا بأجر عادة فإن كان له ولاية ذلك العمل كناظر الوقف يعمل للوقف أو الوصي أو القيم يعمل لموليه استحق عليه الأجر في مال من عمل له من وقف أو مولى

(١) الإنصاف: ج ٥ ص ٢٠٤، ٢٠٥ والمغنى لابن قدامة: ج ٥ ص ٨٩ وإعلام الموقعين لابن القيم: ج ٢ ص ٣٢٥،

عليه، وعلى ذلك الفتوى والعمل، وإن لم يكن له ولاية ذلك كمن رأى متاعا مشرفا على التلف بسبب نار أو ماء أو معرضا لسلبه ونهبه وظن ضياعه بسبب ذلك فأنقذه وبذل في ذلك جهدا يؤجر على مثله أو مالا، فقد اختلف في ذلك، فمن فقهاء الحنفية من يرى أنه يعد متبرعا فيما أنفق من جهد ومال في سبيل ذلك؛ لعدم إذنه بمن له الولاية في الإذن من مالك أو قاض، ومنهم من يرى أنه يعد في ذلك مأذونا من قبل صاحب المال عرفا؛ إذ لا يأبى إنسان على آخر أن يقوم له بإنقاذ ماله على الوجه المعروف الذي ليس فيه شطط ولا إرهاب لصاحب المال، واستحسن المتأخرون هذا الرأي، وعلى هذا يكون ما ينفقه من مال في هذه السبيل، أو مثل أجر جهده مضمونا في ذمة صاحب المال يرجع به عليه. فإذا كان ما أنفق في هذه السبيل مالا دفعه المنقذ كان مضمونا في ذمة صاحب المال المنقذ على رأى متأخري الحنفية، ورجع به المنقذ على صاحب المال متى قام بذلك على الوجه المعروف غير المنكر مع ملاحظة أن يكون ذلك في غيبة صاحب المال وإلا كان إنقاذه على صاحبه، وكان قيام غيره به عندئذ تبرعا.

وقد جاء في العقود الدرية ج ١ ص ٩٩: من أخرج متاعا لغيره من الغرق فأنفق في ذلك مالا لم يملكه بإخراجه، لأنه لا يزال على ملك صاحبه، ولا يرجع بشيء مما أنفق إلا أن يأذن له القاضى بذلك، أو صاحب المتاع.

وذهب الشافعية إلى أن من أنقذ مال غيره من الهلاك أو الفوات المحقق به فأنفق في سبيل ذلك مالا، أو جهدا لم يكن له أن يرجع على صاحب المال بشيء. ولو استنقذه من يد لص أو غاصب أو من الغرق أو نحوه، ويستوى في ذلك أن يعمل ذلك لمصلحة صاحب المال أو مصلحة نفسه، وذلك رأى الأقدمين منهم، ويميل المتأخرون إلى استحسان الرجوع بما يبذله المنقذ من مال إذا لم يتمكن من استئذان صاحبه أو القاضى، وذلك إذا أشهد أنه يريد الرجوع بما ينفق وإلا لم يكن له أن يرجع - وقد اختلفوا فيما إذا أخذه من يد صبي أو مجنون، خوفا من هلاكه في أيديهم فقيل: ليس له ذلك، فيضمنه إذا أخذه فهلك في يده. وقيل: له ذلك، ولكن تكون يده عليه يد ضمان، مراعاة لمصلحة الصبي أو المجنون.

وفى الخاوى: «إذا ترك شخص دابة في الصحراء لعجزها عن السير ولم يستطع مالكتها أخذها معه، فمر بها آخر، فقام عليها حتى ذهب ما بها وعادت إلى حالها في السير والعمل، فمذهب الشافعى أنها على ملك صاحبها ولا رجوع له عليه فيما أنفق

في هذه السبيل، كما لو عالج دابة أشرفت على الهلاك حتى برئت أو أخرج متاعا غارقا في البحر» (١).

وإذا أعييا بعير شخص فتركه لإعيائه فقام شخص عليه حتى ذهب عنه المرض أو الإعياء لم يرجع بشيء على مالكة إلا إذا كان قد استأذن الحاكم أو أشهد أنه أنفق، ليرجع عند قيامه بالإنفاق (٢).

ويرى الحنابلة أن من يقوم بإنقاذ مال غيره من التلف أو بتخليصه من غاصبه أو سارقه يكون ما ينفقه في سبيل ذلك مضمونا على مالك المال يرجع به عليه من أنفقه، لأنه يعد مأذونا بذلك من المالك عرفا، فإذا رأى شخص بيت غيره يحترق فله هدم بعضه إذا كان في ذلك إنقاذ باقيه، أو رأى دابة مشرفة على الهلاك كان له أن ينحرها إذا غلب على ظنه هلاكها قبل حضور صاحبها، وله كذلك أن يستأجر غيره لإنقاذه ويرجع بالأجرة على رب المال، وأن يقوم بذلك وله على رب المال أجر مثل عمله إذا كان يقوم بذلك غير متبرع.

وقد جاء في مختصر الفتاوى (٣):

«إذا غرق مركب في البحر وكان فيه زيت فطفأ على سطح الماء فجمعه شخص فهو لصاحبه وله على صاحبه أجرة جمعه على أصح القولين، وقال الحسن البصري: هو لمن جمعه وأخذه».

وفي كشف القناع (٤):

ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شيء له إلا في تخليص متاع من بحر أو فم سبع فله عند ذلك أجرة مثله وإن لم يأذنه ربه، وإذا انكسرت السفينة فقام بإنقاذ ما فيها من المال قوم وجبت لهم الأجرة على أصحاب المال، وفي المغنى (٥): «لنقذ المتاع أجر مثله، نص عليه أحمد».

(١) ابن حجر: ج ٣ ص ٣٧٣.

(٢) التحفة: ج ٦ ص ٣٢٨.

(٣) ج ٤ ص ٤١٦.

(٤) ج ٤ ص ١٧٥.

(٥) ج ٦ ص ٣٧٢.

وعند المالكية أن إنقاذ مال من يد حربي يستوجب لمن أنقذه أجر مثله على صاحبه وأن من أنقذه من يد لص أو غاصب لا يكون له حق الرجوع عند المتقدمين، واستحسن المتأخرون أن له حق الرجوع. والفرق أن الحربي يعد مالكا لما يستولى عليه من مال فكان أخذه منه بعوض في حكم شرائه منه، فلا يؤخذ منه إلا بما دفعه فيه، بخلاف الغاصب والسارق فإن الأخذ منه يعد في حكم واجب على من أخذه وقدر عليه فلا يرجع بما أنفقه في واجب عليه، ولا يرى المتأخرون هذه التفرقة، لكثرة النهب في البلاد وضعف السلطان عن تعقب التاهبين فكان من المصلحة القول بما فيه حمل الناس على تخليص الأموال لأربابها. واشتروا لذلك ألا يمكن إنقاذه إلا بما دفع فيه من مال لا بأقل منه وأن يكون ذلك قد تم لمصلحة صاحب المال، لا لمصاحبه نفسه وألا يتصد به تبرعا.

ويكون ما دفع فداء حقا في المال المفدى يقدم به صاحبه على غرماء مالكة فيه، وإذا هلك هذا المال قبل وصوله إلى مالكة لم يكن لمن فداه رجوع عليه فيسقط عنه وإن كان مليئا، ويده على المال قبل إعطائه للمالك، بآمانة وفي زروق^(١):

من أخذ من الحربي مالا بفداء لم يؤخذ منه إلا بما دفع فيه، أما إن أخذ من لص أو غاصب ففي رجوع الفادي بما دفع فيه قولان: حكاهما ابن بشير.

وفي الشرح الكبير للدردير^(٢): الأرشح في المال المفدى من لص ونحوه كغاصب ومحارب وظالم من كل مال أخذ من صاحبه بغير حق ولم يمكن الوصول إليه إلا بالفداء الذي دفع فيه، وكان ذلك عادة في مثل هذا المال أن يكون لمن قام به حق الرجوع على صاحب المال ومقابلته أنه لا رجوع له.

وفي التسولي^(٣): إذا أدى شخص خراجا على ربيع؛ لثلا يأخذه السلطان وربه غائب كان له حق الرجوع به على صاحبه ويقدم فيه على غرمائه إذ لولا أداؤه لأخذه السلطان، وذلك كمن فدى متاعا من أيدي اللصوص، وفيه أيضا إذا تلف الشيء المفدى بعد الفداء وقبل وصوله إلى صاحبه، فإنها مصيبة نزلت بالفادي ولا شيء له على ربه من مبلغ الفداء ولا من النفقة وأجرة العمل، بخلاف ما إذا أوصله إلى ربه، فإن له الرجوع عليه بكل ذلك.

والنتيجة أن وجوب الرجوع على رب المال أثر لضمائه ما يرجع به عليه.

(١) ج ٣ ص ١٢.

(٢) ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) ج ١ ص ١٧٢، ج ٢ ص ٣٧٤.

السبب الثالث: الفعل الضار

ويراد به كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة، أو ترتب عليه بطريق التسبب، ويكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعتمد إنسان إلى إثناء لغيره فيكسره، ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه كما إذا حفر إنسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان فتردى في تلك الحفرة فتلف. فإن تردى الحيوان فعل له توسط بين الحفر والضرر، وهو تلف الحيوان ولا يمنع نسبة الضرر إلى الحفر؛ إذا لم يزل الحفر مع ذلك فيما يرى الناس هو الفعل الضار الذي ترتب عليه تلف الحيوان، فأى فعل هذا وضعه يترتب عليه شرعا بضمين فاعله ويكون هو السبب في التضمين.

أما إذا لم يكن الفعل حسيا بأن كان فعلا نفسيا كالكف يتسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان بسببه، فإذا رأى إنسان مالا لآخر معرضا للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف فلا ضمان عليه لعدم المباشرة، ذلك لأن المباشرة إنما تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما في اتصال آلة الإتلاف بالمال المتلف. وذلك إنما يتصور في الفعل الحسي. بل ولا ضمان عليه أيضاً، لعدم التسبب، لأن التسبب إنما يتحقق إذا كان التلف نتيجة فعل أدى إليه فعل سابق عليه هياً له وجوده وترتب الضرر عليه مع بقاء نسبته إليه. والكف هنا لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف، وإنما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف، وهو وجود النار واقترباها منه. على أنه إذا عد هذا من قبيل التسبب - على توسع في معناه، وإن حدوث الضرر كان نتيجة لاقترب النار وللإمتناع عن الإنقاذ جميعاً، وإن الامتناع عن الإنقاذ يعد لذلك سبباً في الضرر - فإن الشرط في اقتضائه الضمان كما سيأتى بيانه أن يكون اعتداء ولا اعتداء في الامتناع، إذ لا يؤاخذ الإنسان على ما استمكن في باطنه من كف وإرادة.

وذهب المالكية وأهل الظاهر إلى تضمينه في هذه الحال بناء على أنه قد ترك واجبا عليه هو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك. ومن ترك واجبا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن، كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، ثم تلفت فإنه يضمنها؛ إذ قد تسبب عن تركه هذا الواجب تلفها، وهي مال فيضمن قيمتها. كما في «الخلاصة»، والمحيط، والاختيار، وقيل: لا ضمان على الملتقط في هذه الحال؛ لأن الترك في هذه الحال ليس تضييعاً بل امتناعاً عن حفظ غير

واجب. وعليه فمرد الخلاف في ذلك إلى الخلاف في وجوب الحفظ، وقد جزم في «البحر» بأن القول بوجوبه شاذ، ولكن لو أخذها ثم تركها فتلفت ضمن؛ لأن التلف تسبب عن فعل حسي هو تركها. وقيل: لا يضمن أيضا في هذه الحال؛ لأن التلف ليس بفعله بل بفعل أخذها بعد ذلك، ومن ذلك ما لو رأى إنسان مالا قد سقط من شخص في الطريق فتركه ولم يخبر به صاحبه، فقد قيل: إنه يضمن إذا ضاع على صاحبه، وفي البحر: إذا رأى حمارة يأكل مال غيره فتركه ولم يمنعه ضمن؛ لأن فعل حمارة ينسب إليه عادة. وهذا إذا كان مالك المال المعرض للتلف غير حاضر، أما عند حضوره فلا وجوب على من شاهد ذلك؛ لأن حفظ المال حينئذ على مالكه.

وإنما يكون الفعل الحسي سببا لضمن الضرر المترتب عليه إذا كان متصلا بمحل الضرر وكان صادرا عن له ذمة، فإذا لم يكن متصلا به فلا ضمان، وعلى ذلك لا يضمن من حبس عن الدواب مالكمها فأدى ذلك الحبس إلى هلاكها أو ضياعها؛ لعدم وجود من يطعمها أو من يرعاها ويحفظها؛ لأن الحبس وإن كان فعلا حسيا إلا أنه لا يتصل بالدواب، وإنما هو فعل في مالكمها، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم الحنفية كما في البحر.

ومن فقهاء الحنابلة من فرق بين حبس بحق فلم يرتب عليه ضمانا، وحبس بغير حق فرتب عليه الضمان، وكان هذا الفريق لم يشترط هذا الشرط، وهو أن يكون الفعل متصلا بمحل الضرر.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن من أزال يد إنسان عن عيد أو حيوان أو طير فتسبب عن ذلك ضياعه ضمن إذا كان مما يذهب عادة بزوال اليد، وكذلك إزالة أيدي الحفظة على المال حتى أخذه الناس، أو أتلفه الدواب وقرار الضمان على الآخذ دون المسبب، ومن هؤلاء فريق من الحنابلة.

ومن حبس شاة عن ولدها فأدى ذلك إلى تلفه لفقده لبن أمه وليس له قوت سواه فعليه ضمانه عند الشافعية والحنابلة؛ بسبب منع الطعام عنه، وهو فعل يتصل به كمن يحبس شاة مدة منع الطعام عنها فيها حتى نفقت فإنه يضمن قيمتها - وكمن حبس إنسانا يباشر عملا فمنعه عن عمله حتى ترتب على ذلك فساد المال محل العمل فإنه يضمن المال، ذهب إلى ذلك الحنابلة^(١).

(١) راجع مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٧٣ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٢.

والفعل الضار بوصفه هذا ليس بالفعل المشروع؛ لأن الله سبحانه وتعالى إنما شرع لعباده ما فيه نفعهم وصلاحهم وهدايتهم إلى فلاحهم وسعادتهم كما يدل على ذلك قوله تعالى في وصف رسول الله ﷺ وما جاءهم به من شرع ورحمة: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ١٠٧﴾ [الأنبياء] وقوله: ﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتِبْهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُمْ بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ ١٥٦﴾ [الأنبياء] الذين يتبعون الرسول النبي الأمي الذي يجدونه مكتوباً عندهم في التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم... ﴿١٥٧﴾ [الأعراف]. وكما يدل عليه قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». وعلى هذا لا يكون الضرر مشروعاً، ولا ما يسببه من الأفعال مشروعاً، ولا الفعل الضار مشروعاً؛ ومن ثم لا يكون حقاً لفاعله يأتيه دون معارضة وممانعة، وإنما يأتيه اعتداء حين يفعله إذا كان مكلفاً؛ لأنه أمر محظور منهى عنه وفعل المحظور إذ أتاه المكلف عد اعتداء، ولهذا كان جواز الفعل شرعاً وثبوته حقاً لفاعله يمنع من تضمينه بسببه مادام لم يسئ في استعماله، وسيأتي لذلك زيادة بيان.

ومن هذا يتبين أن غاية الشريعة الإسلامية وهدفها المصلحة العامة، فكل أمر فيه مصلحة عامة مطلوب لها، وكل أمر تزيد منافعه على مضاره مطلوب لها، وكل أمر تقل منافعه عن مضاره ممنوع فيها؛ ولذا قال ابن القيم: إذا تأملت شرائع الله وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجعة، وإن تراحت قدم أهمها وأجلها وإن فات أدناها، كما لا تخرج عن درء المفساد الخالصة والراجعة بقدر الإمكان وإن تراحت عطل أعظمها فساداً بتحمل أدناها، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ورتب حقوق عباده.

ذلك هو وضع الفعل الضار باعتباره سبباً للتضمين في الشريعة، فهو فعل محظور جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف، ولا يخرج عن هذه السببية إلا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقد أهلية التكليف؛ لأن سببيته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه؛ ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم، أو مجنون أو طفل؛ لأن الأمر في اقتضائه التضمين مبني على المعاوضة، وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله؛ ولهذا قال الفقهاء: إن العمد والخطأ في الأموال سواء، ويريدون بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف الإرادة، وهو ما يدل عليه هذا

اللفظ في قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»، أى إثمهما، وذلك خلاف ما يدل عليه الخطأ في تعبير رجال القانون حين جعلوا الخطأ ركنا من أركان المسؤولية التقصيرية، وحين عبر به في المادة ١٦٣ من القانون المدني، إذ جاء فيها كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض؛ إذ يراد به التعدي الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه شرعا وقانونا، وهو انحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير. وعلى هذا كان الخطأ في تعبيرهم بمعنى الذنب والإثم ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ﴾ (٩٧) [يوسف] وكان الخطأ في استعمالهم إياه دالا على ما يدل عليه لفظ اعتداء في تعبير الشرعيين وكان وجوب الضمان منوطا عندهم بالخطأ بمعنى الاعتداء والمخالفة، فلا ضمان عندهم على فاقد الأهلية، وذلك خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من إناطة التضمن بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته وإن صدر من عديم الأهلية. كالتائم حال نومه والمجنون والطفل الذي لا يميز.

وخلاصة القول في ذلك أن الفعل إذا كان مؤديا إلى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما رتب عليه من تلف؛ لأنه يبتدئ يكون فعلا محظورا بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله؛ فإن كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث «لا ضرر ولا ضرار» وذلك يوجب رفع الضرر مطلقا سواء أحدث من مكلف أو من غير مكلف ولا سبيل إلى رفعه في هذه الحال إلا بإيجاب في ماله دون التفتات إلى عارض، إنما عرض لنفس الفاعل ذهبت معه أهليته، ولم يذهب بما ترتب على فعله من ضرر، ولكن إذا ما صدر الفعل الضار عن لا ذمة له لم يترتب عليه ضمان حيث؛ لأنه ليس أهلا لأن يملك مالا حتى يجب فيه ما يرتفع به الضرر وهو الضمان.

وعلى ذلك كان فعل العجماء جبارا؛ أى هدرًا، وبذلك جاء الحديث «فعل العجماء جبار» أى لا ضمان على مالها فيما يتلف بفعلها إذا لم يكن منه إهمال وتقصير في رعايتها وحفظها.

وسيأتى بيان ذلك وتفصيل القول فيه.

الضرر

المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر.

وذلك الضرر هو أحد نوعي الضرر المادى، وينعت بالضرر المالى.

أما الضرر المادى الآخر فهو ما يصيب الإنسان في جسم من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه ونحو ذلك. وقد بينا أن هذا النوع الأخير من الضرر يستوجب الأرش، وهو إما مقدر من الشارع وإما متروك لحكومة العدل - كما بينا فيما سبق أن هذا النوع لا يستوجب تعويضا وإنما وجب فيه الأرش بحكم الشارع كعقوبة زاجرة لا تختلف باختلاف المعتدى عليه. وذلك من ناحية أنه اعتداء على سلامة الإنسان، وهى حق له لا يختلف باختلاف الأشخاص؛ ومن ثم لا ينظر فيه إلى ما قد يكون له من آثار مالية تتعلق بالعمل والكسب والسعى؛ لأنها آثار متوقعة غير موجودة بالفعل وقواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر المائل الواقع فعلا الذى يمكن تقويمه بالمال، أما المتوقع فلا تعويض فيه؛ لأنه معدوم وقت حدوث الأذى بالجسم، ولا قيمة للمعدوم، فلا يصح مقابله بالمال.

ونتيجة ذلك أن التعويض في الفقه الإسلامى لا يكون إلا عن ضرر مالى واقع فعلا؛ لأنه السبب في التعويض والمسبب لا يتقدم سببه وإلا لم يكن سببا له، ولكن إذا وقع الضرر فعلا وجب التعويض، لأن السبب يفضى إلى مسببه دائما، ولهذا إذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب به ضمان، وقد جاء في مجمع الضمانات: إذا ذبح رجل شاة لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها سواء أكان أجنبيا أم راعيا لها استحسانا، إذ إنه بعمله أفاد مالكها ولم يضره، فإنه بعمله هذا لم يفوت عليه لحمها على حين يفوت عليه لو أنه تركها فتلفت بدون ذبح، ولكن إذا كان مكان الشاة فرس مثلا فإنه يضمن قيمتها وقت ذبحها؛ لإتلافه مالا وقت الاعتداء، وهو ضرر كان من المحتمل ألا يكون^(١). وذلك ببرئها. وكذلك إذا كسر شخص جوزا لآخر فتبين فساده بظهور ما بداخله لم يضمن لعدم الضرر، وإذا ذبح شخص لآخر شاة عينها للتضحية وكان ذلك وقت التضحية لم يضمن، لعدم الضرر، وفي مجمع الضمانات: إذ شهد شاهدان ببيع شيء بمثل قيمته، أو بأكثر ثم رجعا لم يضمننا وإن كان بأقل من قيمته

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨، ٣٦٠ فى ١٤٧ والقواعد لابن رجب ص ٢٢٢.

ضمننا التقصان؛ وذلك لعدم ضرر البائع في الحال الأولى لعدم حصول نقص في ماله وضرره في الحالة الثانية.

ولذا ذهب الحنابلة إلى أن من بنى مسجدا في طريق عام واسع ولم يترتب على بنائه ضرر بالمارة فلا ضمان عليه ولو كان بناؤه بغير إذن الإمام، وكذلك لو بنى جسرا على نهر، أو فعل ما فيه نفع عام كما لو فرش بساطا في مسجد فتلف به متاع بسبب عثار صاحبه به، أو علق به قنديلا، فسقط فأتلف متاعا ولم يكن من خدمة المسجد. وذهب الشافعية إلى أن من غصب عصيرا فغلاه فتقصت كميته ولم تنقص قيمته لا ضمان عليه، لأن نقصه بتبخر بعض مائه والماء لا قيمة له وهكذا يرى في نهاية المحتاج^(١) ما يدل على ذلك، وفي الخرشي^(٢): إذا غصب الغصوب فلم يترتب على تغييره نقص قيمته بأن ظلت كما هي أو زادت فلا تبعة على الغاصب بخلاف ما إذا ترتب عليه نقص قيمته إذ يضمن قيمة ما نقص.

وعلى الغاصب العقوبة، لإقدامه على محظور، وهكذا يرى من الفروع ما يؤيد إناطة التعويض بالضرر، فإذا انتفى الضرر لم يجب تعويض.

ولا يكون الضرر المالي الموجب للتعويض إلا في مال متقوم، أي مملوك للمضرور^(٣)، ومن أجل ذلك ذهب الحنفية إلى أن إتلاف خمر أو ذبح خنزير لمسلم لا

(١) ج ٥ ص ١٧٧.

(٢) ج ٦ ص ١٦٦.

(٣) يعرف الحنفية المال بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، ويرى الشافعية أن اسم المال لا يطلق إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم بها متلفه وإن قلت، ويرى المالكية أنه ما يملك فيستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه (راجع فتح القدير من كتاب البيع، والأشباه والنظائر للسيوطي، والمواقفات للشاطبي ج ٢، ص ٥، ٨ وما بعدهما).

وعلى ذلك لا تكون المنافع مالا عند الحنفية إذ ليست مادة يمكن ادخارها وتمويلها؛ لأنها أعراض ليس لها بقاء، ومالية الشيء إنما تثبت بالتمول كما يقول السرخسي، والتمول هو اتخاذ الشيء مالا وصيانته بادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، إذ إنها حين توجد تتلاشي وتعدم فلا يتصور فيها الادخار والتمول (المبسوط ج ١١ ص ٧٩).

وقد انبنى على ذلك عدم ضمان المنافع بالإتلاف عند الحنفية؛ لأنها ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة للحاجة (تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٣٤).

وذهب الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أنها أموال متقومة في ذاتها لتقومها في معاملات الناس واختصاص حائز مصادرها بها، ولا يطلب ملك الأموال إلا لتملكها والانتفاع بها وعلى أساسها تقدير قيم الأعيان. وقد سوغ الشارع ابتغاء الأرواح بها ولا تبغى إلا بالمال لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ...﴾ [النساء] ومعاملات الناس ومصالحهم تقتضى تقويمها (وانظر في ذلك قواعد الأحكام للزر بن عبد السلام ج ١ ص ١٧١ وما بعدها والمغنى ص ٤٨٣ والمبسوط ج ١١ ص ٧٨ =

يستوجب تعويضا، لأنهما ليسا بمال متقوم عندهم بالنسبة إليه، سواء أأتلفها مسلم أم ذمي، أما إذا كانا لذمي فإن على متلفهما الضمان مسلما، أم ذميا؛ لأنهما مال متقوم بالنسبة إليه، كما ذكر القدوري في مختصره^(١).

وذهب الشافعي، وأحمد إلى أنه لا ضمان في شيء من ذلك؛ لأنهما ليسا بمال متقوم عندهما في حق كل من المسلم والذمي، ويرى اللخمي من المالكية أن من غصب خمرًا فتخللت فربها أخذ الخلل الذي آلت إليه^(٢).

= وجملة القول في ذلك أن الخفية يرون أن المنافع ليست بأموال؛ ولذا لا تضمن بإتلاف ولا بتفويت ويراهم غيرهم مالا يضمن بالإتلاف والتفويت، والمراد ما للأشياء من فوائد عرضية تكسب بالاستعمال فتوجد معه وتنتهي بانتهائه، ومن أجل ذلك كان معيارها الزمن وكانت أعراضا وجودها بوجوده وانتهائها بانتهائه، غير أن الخفية قد استثنوا من هذا الأصل منافع الأعيان الموقوفة والأعيان المملوكة ليتيم والأعيان المعدة للاستغلال فذهبوا إلى تقويمها وضمانها بالإتلاف، استجابة لداعي المصلحة وحرصا على أموال من لا قدرة لهم على حفظ أموالهم وصيانتها - أما ما يستفاد من الأعيان سوى ذلك من الثمرات والولد واللبن ونحو ذلك مما له مادة فلا يعد من المنافع، ولا خلاف في مآليتها لقبولها الادخار لوقت الحاجة مع تحملها والتعامل فيها.

(١) جاء في (الزليعي ج ٥ ص ٢٣٥): إذا أتلّف المسلم خمرًا لذمي وجب عليه قيمتها وإن كانت مثلية لأنه لا يستطيع أداء المثل إلا بعد تملكه، وهو لا يستطيع تملكه لنهي الشارع عن ذلك، أما إذا أتلّفها ذمي فالواجب عليه مثلهما لقدرة عليه ولا يصار إلى القيمة إلا عند العجز عنه. ولو أسلم الذمي بعد أن قضى له بمثلها على ذمي فلا شيء له؛ لأن الخمر في حقه حيثئذ غير متقومة فكان إسلامه في حكم إبراء منه للمتلف.

ولو أسلم الذمي المتلف سواء وحده أو أسلم الذمي مالها بعده فكذلك لا يجب لمالكها شيء عند أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقال محمد: تجب عليه القيمة، لأن الإسلام قد طرأ بعد تقرير سبب الوجوب: وهو الإتلاف وثبوت القيمة في الذمة وهو لا يمنع من ذلك لوجوبها على المسلم إذا أتلّف لذمي خمرًا، ولأبي يوسف أن إيفاء الواجب ابتداء، وهو الخمر بعد الإسلام متعذر بسبب إسلامه، وإذا تعذر إيفاء أصل الواجب لم يجب، وإذا لم يجب لم تجب قيمتها لأنها إن وجبت وقلنا أن وجوبها باعتبار أصل السبب لم يقبل ذلك؛ لأن السبب ما أوجب قيمة وإنما أوجب خمرًا وهو المثل. وأن قلنا وجبت باعتبار أنها بدل عن الخمر الثابتة في الذمة لم يقبل أيضا، لأن من شرط البداية تملك ما في ذمة المتلف وهي الخمر التي وجبت مثلاً، والذمي لا يقدر على تملك من السلم المتلف، كما إن المسلم لا يقدر أن يملكها حتى يملكها، وإنما ألزم المسلم عند إتلافه خمر الذمي بقيمتها لأن إيجاب ذلك عليه بسبب الغصب والاستهلاك باعتبار ذلك جناية أوجب ضمانا من غير اعتباره سببا موجبا للملك في المحل إذ المحل خمر والمسلم لا يملكه. أقول: وعلى ذلك يكون ضمان جناية لا ضمان تعويض ويلزم أن الاعتداء على الأموال بإتلافها قد يستوجب الجزاء إذا لم يمكن تأسيسه عند التعويض والجبر على المبادلة كما في الاعتداء على النفس وأطرافها غير أن تقديره عندئذ يرجع فيه إلى مقدار الضرر المالي فيه، نظرا إلى ما فيه من المالية، وإذا صح هذا، فما الذي يمنع من تأسيس جميع أحوال التعويض على هذا النظر، وبذلك تنفي فكرة التملك بالتضمن.

وقالوا: إذا غصب ذمي خمرًا من مسلم فتخلل عنده من غير صنعه ثم هلك لم يضمنه إذ لم يكن منه إتلاف لمال ترتب عليه زواله حتى يضمن ولم يكن منه غصب وتعد يوم غصب، لأنه لم يغصب مالا، وإنما غصب خمرًا من مسلم، وهي ليست مالا في ملك المغصوب منه، وعندئذ لا يضمن مثله بالاستهلاك.

(٢) راجع تبين الحقائق والشلبى عليه ج ٥ ص ٢٣٤ والمسألة ترجع إلى ما بين الخفية والشافعية والحنابلة من خلاف في أن أهل الذمة مكلفون بفروع الشريعة، أي بأحكامها التي تتعلق بالمعاملة. أم لا، فالخفية يرون

وفي «الشرح الكبير»: من غصب من ذمى خمرًا فتخللت خَيْرُ الذمى بين أخذ مثل الخمر أو أخذ الخل، والذي عليه الفتوى أن له أخذ الخل أو قيمة الخمر يوم الغصب «أى إذا كان المغصوب منه ذميا» ولو كانت لمسلم تعين أخذ الخل. ومن غصب عصيرا فتخمر عنده غرم مثله، أى لتلفه بالتخمر، ولم يفرق بين مسلم وذمى بالنسبة إلى الغاصب، أو المالك وقال المازرى: إذا غصب مسلم من مسلم خمرًا فأراقها فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل ما يجب عليه شرعا، وهذا ما يدل على عدم ماليتها عند أصحاب هذا الرأى، ولو أمسكها حتى تخللت عنده وجب عليه أن يردها إلى من غضبها منه، وفي «الشرح الكبير» للدردير: من غصب عصيرا فتخلل خير ربه بين أخذه خلا، أو أخذ مثل العصور، ولم يفرق بين أن يكون لمسلم أو لذمى.

ويؤخذ من هذه النقول أن المالكية يرون أن الخمر متقومة بالنسبة إلى الذمى كما يدل على ذلك عبارة الشرح الكبير للدردير، وغير متقومة بالنسبة إلى المسلم، وعلى ذلك فلا ضمان فى إتلافها عليه وذلك ما يدل على قول المازرى^(١).

= أنهم غير مكلفين بناء على عقد الذمة؛ إذ يقتضى عدم التعرض لهم فى دينهم ومعقباتهم، أما المعاملات المالية فخارجة عن ذلك والعقد يقتضى بأن لهم فيها مالنا وعليهم ما علينا، وإيجاب ضمان ما أتلف من الأموال خارج عن المعتقدات الدينية فكان الحكم فيها بالنسبة لهم كالحكم لدى المسلمين، هذا وإنما وجب فى إتلاف خمر الذمى قيمتها إذا أتلفها عليها مسلم مع أنها مثلية. والواجب فى المثلث مثله لأن المسلم غير قادر على تملكها ثم إعطائها للذمى عوضا عن خمره، وذلك لما روى جابر أن النبي ﷺ قال: ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام «متفق عليه» كما ورد أن رسول الله ﷺ حرم بيعها، وأمر بإراقها إذا كانت لمسلم وما يحرم بيعه لا يملك وما يؤمر بإراقته لا ضمان فيه لعدم تقومه، وكان ذلك هو الحكم بالنسبة للمسلم والذمى على السواء عند الشافعى.

ويرى الحنفية أن الخمر والخنزير كلاهما مال متقوم فى حق الذمى بدليل أن عمر رضى الله عنه حين سأل عماله: ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر قالوا نعشر فقال لا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها وخذوا أثمانها. فقد جعلها فى حقهم مالا متقوما يجرى فيه البيع وأمر بأخذ العشر من الثمن. وذكر أبو عبيدة فى كتاب «الأموال» أن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله: أن أقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية وذلك ما يدل على أنها مال متقوم فى حقهم أيضا، والمال المتقوم يضمن بالإتلاف. وفى هذا الأثر الأمر بضمانها بقيمتها والتلف لها مسلم هم عمال عمر، فدل ذلك على تقومها بالنسبة لهم على اختلاف حكم إتلافها لما سبق بيانه، وهذا الذى ذكرناه فى حكم إتلاف المسلم ما للذمى من خمر وخنزير هو ما ذكره القدورى واقتصر عليه. وجاء فى تبين الحقائق للزليعى وغيره من كتب الحنفية أن المسلم إذا أتلف لذمى خنزيرا لم يضمن له شيئا عند أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف ومحمد، إذ يلزمه القيمة كما تلزمه القيمة فى إتلاف خمره، والفرق بين الخمر والخنزير عند أبى حنيفة أن الخنزير قيمى وضمانه إنما يكون بقيمته وقيمه قائمة مقامه، ألا ترى أن التلف إذا جاء بقيمة ما أتلف بعد الإتلاف أجبر صاحبه على القبول كما إذا جاء بالتلف نفسه فكان أداء القيمة كإداء الخنزير وتسليمه نفسه والمسلم لا يملك الخنزير على التسليم بخلاف الخمر لأنها مثلية فلا تكون قيمتها وهى مثلية فى معناها ولا يكون أداؤها فى معنى أداء الخمر نفسه إذ لا يجبر مالك المثلث على أخذ قيمته عند إحضارها بعد تلفه بل ليس على المتلف مثله ولا تؤخذ القيمة إلا بالتراضى (راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٤٠ وما بعدها).

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٤٨ والوان ج ٥ ص ٢٨٠.

كما لا ضمان عند أحمد في الكلب والسرجين وكل نجس لا يساح الانتفاع به، وكذلك آلات اللهو وأدوات الخمر^(١).

وقد جاء في مجمع الضمانات: إن نزع رجل ماء بئر لآخر حتى ييست وأتى على جميع الماء لم يضمن؛ إذ مالك البئر لا يملك ماءه عند الحنفية، بخلاف ما لو غصب ماء محررا في آنية فإنه يضمنه بمثله؛ لأن الماء في الأواني مال متقوم مملوك بإحرازه لصاحبها^(٢).

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن ماء البئر يعد مملوكا لصاحب البئر بإحرازه فيه، وعلى ذلك يكون حكمه حكم المحرز بالأواني، ذهب إلى ذلك المالكية.

نقص المصوب وزيادته لدى الغاصب؛

تبين مما سبق أن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المالي المائل في نقص قيمة العين المصوبة أو المتعدى عليها بفعل صادر من المعتدى، وعليه إذا نقصت قيمة المصوب بسبب تغير الأسعار لم يكن نقصها بسبب ذلك مضمونا على المعتدى إذا رد العين المصوبة أو المعتدى عليها إلى مالكها بعد نقص قيمتها بسبب هذا؛ ذلك لأنه قد رد إليه عين حقه كما أخذه لم يحدث فيه حدثا، ونقص قيمته عندئذ ليس له صلة بفعله، وإنما كان أثرا لسبب بعيد عنه هو ضعف رغبات الناس على أنه مما يجب أن يلاحظ أن العين إذا تلفت لدى الغاصب في هذه الحال لزمه ضمانها بقيمتها وقت غصبها لا وقت ردها الذي هو وقت انخفاض قيمتها.

ويرى المالكية أن نقص قيمة العين نتيجة لتغير الأسعار غير مضمون على الغاصب في غصبه العين، ولكنه مضمون على المعتدى عليها في الاعتداء بناء على ما في ذلك النقص من فوات منفعة حدث الاعتداء عليها قصدا بخلاف الغصب؛ لأن الاعتداء فيه على الذات، ولم يمس الذات عندئذ نقص.

وأما إذا نقصت قيمة المصوب لدى الغاصب بسبب آخر، فإن ذلك النقص يكون مضمونا على المعتدى كما ذكرناه، غير أنه إذا زال ذلك الضرر لدى الغاصب فعادت قيمة المصوب إلى ما كانت عليه، أو زادت ثم رده بعد ذلك إلى مالكه، فإن ضمانه يزول بذلك إذا كان سبب النقص والزيادة واحدا، كما في الولادة تنقص بها قيمة الشاة

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٦٤.

(٢) مجمع الضمانات ص ١٣٨.

المغصوبة ويكون في الولد ما يعوض ذلك النقص، وكما في المرض يزول لدى الغاصب. أما إذا اختلف سبب النقص والزيادة فلا يرتفع الضمان لتقرره باستقرار سببه. ولكن إذا رده قبل عودتها إلى ما كانت عليه لم يرتفع الضمان بعودة القيمة إلى حالها الأول، لاستقرار الضمان بسبب رد المغصوب ناقصا، إذ كان الواجب أن يرده سليما كما أخذه سليما.

وعلى هذا إذا غصب شاة فولدت لدى الغاصب وتسبب عن ولادتها نقص في قيمتها فإن هذا النقص يجبر بما لولدها من قيمة إذا ردها مع ولدها إلى مالكةا عند أبي حنيفة خلافا لزفر والشافعي رحمه الله، وكذلك الحكم إذا جز صوف شاة مغصوبة، ثم عاد صوفها كما كان أو قلع سنا لها ثم نبتت مكانها من أخرى، أو مرضت ثم شفيت لدى الغاصب، أو هزلت ثم سمتت، ففي هذه الأحوال وأمثالها التي يتحد فيها سبب النقص والزيادة إذا ردها إلى مالكةا؛ بعد زوال النقص بناء على تلك الزيادة ارتفع ضمان الغاصب لهذا النقص لانجباره بها عند أبي حنيفة خلافا لزفر والشافعي - ووجه قولهما أن هذه الزيادة ليست إلا مالا مملوكا لمالك الشاة فكيف تعد مع ذلك اعتياضا عن مال له تلف بتعدى الغاصب ولزومه ضمانه - ووجه قول أبي حنيفة أن سبب النقص والزيادة إذا كان واحدا اعتبر النقص كأن لم يكن لحدوثه بسبب زاد به المنقوص فحجر نقصه، فيرتفع الضمان بسبب ذلك، كما إذا شهد شهود على البيع بالقيمة، أو بأكثر منها ثم رجعوا عن شهادتهم بعد القضاء لم يضمنوا للمشهود عليه شيئا، لأنهم أخلفوا عليه بشهادتهم ما نقص من ماله بسببها فلم يتحقق الضرر المالى - وما قيل من أن الزيادة ملك المغصوب منه فكيف يجبر بها ملك له آخر ليس بسليم من ناحية أن هذا ليس من قبيل فوات المال وانجباره في الحقيقة، وإنما هو اعتبار للملك الغاصب في حالتي نقصه وزيادته، وحدة غير مجزأة، ولا منفصلة الأجزاء وإن قيمته في بداية الزمنين ونهايتهما لم تنقص، فلم يتحقق مع هذه الملاحظة ضرر يستوجب التعويض، ومثل ذلك كما إذا غصب إنسان سبيكة من ذهب ثم جزأها قطعا ثم ردها إلى مالكةا فلماته لا ضمان عليه حيثئذ؛ لأن مجموع الأجزاء يساوى السبيكة وزنا وقيمة، ولكن إذا كان سبب الزيادة غير سبب النقص لم يرتفع بالزيادة ضمان الغاصب اتفاقا كما إذا أخذ مقدارا من بر، ثم نقه في ماء ليصنع منه بليلة، ثم وضعه على النار ليصنع منه هذا الطعام. فزادت قيمته بسبب ذلك، فإن ضمانه لما أصاب البر بسبب بله بالماء لا يرتفع بذلك^(١).

(١) تبين الحقائق للزليعي ج ٥ ص ٢٣٢-٢٣٣.

وقد جاء في مطالب أولى النهى من كتب الحنابلة: أن من غصب ثوبا قيمته عشرة دراهم فاستعمله استعمالا نقصت به قيمته إلى النصف، أو نقصت قيمته بسبب رخص السعر، ثم ارتفعت قيمة الثوب إلى ما كانت عليه فإن الغاصب يرده بعد ذلك إلى مالكة مع أرش نقصه لثبوته في ذمته قبل ارتفاع سعره فلا يتغير ذلك بغلاء السعر ولا برخصه. ومؤدى ذلك أنهم يرون تضمين الغاصب قيمة النقص سواء رده بعد زوال النقص، أو قبل زواله بدليل تعليلهم وجوب التضمين باستقرار الضمان في الذمة بحدوثه، وعلى ذلك فلا انجبار للنقص عندهم^(١) بزيادة لم يحدثها الغاصب.

أنواع الضرر وما يترتب عليها:

١ - الضرر قد يتمثل في أذى يصيب الإنسان في جسمه، وفيه ما فرضه الشارع وقدره من جزاء، أو من حكومة عدل على ما بينا سابقا، وهذا إذا كان له أثر باد في الجسم، أو كان له أثر بدني ثم زال - فليس فيه جزاء مالي يدفع للمضروور إلا أن يكون ما تكلفه من نفقات في علاجه حتى زال - ولكن هذا لا يمنع الحاكم من تعزيز المعتدى جزاء على ما اقتضاه من جرم؛ لأن كل اعتداء، أو محذور يستوجب التعزيز، إذا لم يشرع له الشارع جزاء، وقد تقتضى المصلحة في كثير من الأحوال إضافة نوع من التعزيز إلى ما شرعه الشارع من جزاء إذا رأى الحاكم من ظروف الاعتداء والمعتدى ما يرى معه عدم كفاية الجزاء لردعه وزجره، ويسمى هذا بالضرر الجنائي أو الجسمي.

٢ - وقد يتمثل الأذى فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرا، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته، وهذا هو ما يسمى بالضرر الأدبي.

٣ - وقد يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها كما في التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكة، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين، ويسمى هذا بالضرر المعنوي.

٤ - وقد يتمثل في تفويت مال على مالكة سواء كان بإتلاف أتى على كل المال، أو على بعضه، أو بتعيب في المال نقصت به قيمته عما كانت عليه قبل التعيب، أو

بتفويت منفعة من منافعه على مالكه - وعلى الجملة يتناول هذا النوع كل ضرر تسبب عن فعل كانت نتيجته تلف المال كله أو نقص قيمته عما كانت عليه .

فأما النوع الأول ففيه الجزء المالى من الشارع، وقد ذكرنا أنه جزاء يشبه التعويض من ناحية، ويشبه العقوبة من ناحية أخرى .

وأما النوعان الثانى والثالث فليس فيهما تعويض مالى على ما تقضى به قواعد الفقه الإسلامى، وذلك محل اتفاق بين المذاهب، وأساس ذلك فيهما أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ لرد الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر وجبرا للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له، ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء وليس ذلك بمتحقق فيهما .

وعلى هذا الأساس وجب التعويض ابتداء بالمثل متى أمكن ذلك؛ لأن التعويض به كامل من جميع الوجوه، فإن لم يكن له مثل اعتبرت المساواة فى المالية . وعلى هذا الأساس أيضا لم تجز الزيادة فى التعويض، ولا النقص فيه عن قيمة المعوض عنه وأجبر صاحب المال على قبوله دون التفات إلى إعراضه متى ثبتت المعادلة والمكافأة بين العوضين . ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى المال فيهما تعويضا؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال لا فى مقابلة مال، وكان هذا من أكل المال بالباطل، وذلك محظور لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾ (٢٩) [النساء] ومن جهة أخرى يرى أن إعطاء المال فى هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله، فأخذ المال فيه عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود به كلاهما إلى ما كانا عليه من سلامة، وأخذ المال فى نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا نزول به آثار ذلك الامتناع، وبصير به الممتنع قائما منفذا لالتزامه، ومن هذه الناحية يرى أن إعطاء التعويض فيه ليس جبرا، والتعويض إنما يقصد به الجبر، وإذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثما وأمر محظورا يتناوله قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه، كان الواجب فيه التعزير عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجرا، وقواعد الفقه الإسلامى لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة .

هذا، وليس يفوتنا فى هذا المقام أن نشير إلى ما كان من خلاف فى بداية الأمر بين رجال التشريع الوضعى فى التعويض عن الضرر الأدبى بالمال؛ فقد ذهب فريق إلى

عدم وجوبه مستندين إلى أن هذا الضرر ليس في مال حتى ينجر بالمال، وإلى أن المثل العليا تأبى أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله، وبأن تقويته بالمال لا يستند إلى أساس سليم، وتقديره يختلف باختلاف الأشخاص، ولا يكون إلا تحكما، غير أن هذا الرأي على صحة ما استند إليه وسلامته لم يتح له الانتصار، فقد عدلت عنه المحاكم فيما رأت أنه - على الرغم مما أشير إليه آنفا - يحقق للمضرور نوعا من الترضية وسكون النفس وشفاء الغليل مما يخفف عنه ألم ذلك الضرر، ويضعف أثره، وذلك إزالة لبعضه في الجملة، وهو ما يصح أن يكون مطلوبا إذا ما تعذر الوصول إلى ما هو أفضل منه؛ ولذا كان أساس التقدير به أن يضع القاضى نفسه موضع المضرور، ثم ينظر مع مراعاة ظروف المضرور ومكانته بم ترضى نفسه، وعلى هذا يقدر.

وبما فرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان بسبب تفويت فرصة من الفرص كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالى، وذلك مثل ضياع فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامى فى تقديم استئناف عن مواعده، أو ضياع فرصة دخول فى امتحان للترشيح فى وظيفة معينة، أو للحصول على ترقية، إذ ليس فى ذلك ضرر يتمثل فى فقد مال قائم.

* * *

الضرر المفترض ونظرية تحمل التبعة:

والشريعة الإسلامية تأبى أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له فى إحداثه، وذلك ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾ (١٦٤) [الأنعام] وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...﴾ (٢٨٦) [البقرة]. وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوانه إلا إذا كانت نتيجة إثارة منه، أو توجيه أو نتيجة إهمال وتقصير فى حفظه وحراسته حيث يجب ذلك شرعا، أو عرفا كما سيأتى فى مسئولية الإنسان عما يحدثه حيوانه، ولا عن ضرر يحدث من سقوط بناء له إلا إذا كانت نتيجة تقصير فى تحاشى ذلك بأن بناء واهنا، أو أغفل نقضه، أو إصلاحه على الرغم من تنبيهه إلى وهنه وتعرضه للسقوط كما سيأتى تفصيل ذلك، ولا يسأل عما يحدثه أولاده ولا أتباعه من ضرر، إنما يسألون هم عنه فى أموالهم وهكذا.

وجملة القول أن المبدأ العام عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، ولكن الشريعة الوضعية خالفت هذا المبدأ فذهبت إلى مساءلة الإنسان في حالات من الضرر لا يرى أن له يدا فيها، وذلك كما في مساءلة الإنسان عن أفعال من هم خاضعون لرقابته، أو من هم تبع له، أو عما يحدث من بعض ما يملك أو يقوم عليه، كما في مساءلته عما يحدث من الأشياء التي يملكها أو التي في حراسته، وذلك بناء على افتراض حدوث خطأ منه أو تقصير أديا إلى حدوث هذا الضرر، فكان متسببا في حدوثه، وجعلت من ذلك ما يقبل الإثبات في نفيه وعدم تسبب المسئول فيه، ومنه مالا يقبل فيه ذلك.

وبناء على ذلك ألزمت الشخص عن الضرر الذي ينشأ عن إهمال من هم تحت رعايته ورقابته، أو من عدم الدقة والانتباه منهم إذا كان القانون قد أوجب عليه تلك الرعاية أو الرقابة بسبب حاجتهم إليها لقصرهم أو ضعف حالتهم العقلية أو الجسمية؛ وذلك بناء على افتراض تقصير في تلك الرعاية والرقابة كما في الضرر يحدث من الأولاد الصغار.

كما ألزمت المتبوع ضمان الضرر الذي يحدث من تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته، أو بسبب تأديتها بناء على افتراض خطئه أيضا في اختياره ذلك التابع، أو بناء على وجوب تحمل تبعه إنابته إياه عنه في عمله واعتبرته خطأ مفترضا لا يقبل إثبات نفيه، وألزمت الحارس للأشياء، أو الآلات التي تتطلب حراستها عناية خاصة بالنسبة إلى صنعتها وظروفها ضمان ما يترتب على إرادتها من ضرر بأحد العاملين عليها، وذلك بناء على افتراض تقصير من الحارس في بذل العناية الخاصة حتى كان من نتيجة ذلك حدوث الضرر وجعلت تسببه في هذا الضرر بما لا يقبل إثبات نفيه - وأسست ذلك على أن كثيرا من المضرورين يعجزون عن إثبات ما يحدث من خطأ أو تقصير أديا إلى ضررهم، وذلك ما أدى إلى حرمانهم من تعويض تقضى لهم به العدالة - وهذا إلى أن انتشار الصناعات بجميع أنواعها وآلاتها البخارية والكهربائية وما تسبب عن ذلك من كثرة الحوادث بالعاملين مع فقرهم وحاجتهم، وثناء العاملين لهم، ووفرة الربح العائد عليهم؛ ثمرة لعملهم وإنهاكهم فيما أدى إلى هذا الربح من جهود مضنية يدعو إلى تحميل مؤجرهم تعويض ما ينالهم من الضرر أثناء قيامهم بالعمل جزاء لما نالهم منه من نفع وغنم، والغرم بالغنم، وكأنهم فسروا هذه القاعدة بأن كل ما يجنى منه الإنسان غنما وربحا وكسبا فعليه لقاء ذلك تبعه ما يحدث عنه من ضرر بغيره، ومعنى ذلك فيما رأوا أن ليس للمالك من ثمراته كل ما أثمره بل لا يكون له منها ما يبقى بعد أن يتقص منها ما يجبر ضررا لحق بغيره بسبب عمله فيه

أو قيامه عليه أو بسبيل قيامه بذلك، في حين أن معنى هذه القاعدة فيما يراه فقهاء الشريعة - على ما يظهر لى - أن غنم الإنسان من مال يستتبع غرامته إذا ما أصاب هذا المال ضرر، وذلك بتحملة ضرره لا إذا ما أصاب غيره من جرائه ضرر.

ولا شك أن هذا المبدأ لا أساس له من العدالة فإن المال وثمراته لصاحبه لا يؤخذ شيء إلا بحقه وأخذه بغير حقه أكل للمال بالباطل، والله يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾ (٢٩) [النساء] ويقول: ﴿وَإِنْ طَيْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (٤٠) [النساء]. وليس أخذ المال على هذا الوضع في هذه الحال أخذاً بحق، فإن أخذه - فيما دل عليه الشارع من نصوص - لا سبيل إليه إلا أن يكون في معاوضة أو تبرعاً عن طيب نفس، أو تعويض عن مال أُنلف، وليس في اقتراض مخالفة لم تحدث عمل ضار يصلح أساساً للتعويض أو التقويم مما يحقق معنى ما أشار إليه الكتاب العزيز في الآيتين المذكورتين، ومن أجل ذلك لم يكن الإلزام بالتعويض في الحالات المشار إليها مما يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامي.

ونظرية تحمل التبعة التي لجأ إليها التشريع الوضعي حين تعرضت نظرية الخطأ المفترض لنقد الناقدين ونقض المعترضين، وعدم وفائها في بعض الحالات بما رآه منها بعض الباحثين لا تقوم أيضاً على أساس من المنطق سليم، ولا تسلم من مخالفتها لما أشرنا إليه من آيات الكتاب الحكيم، ذلك بأنها تقوم على أن المتبوع وقد انتفع بنشاط تابعه فجنى منه الربح الوفير فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط وما قد يجبر إليه من ضرر، والغنم بالغرم، غير أن هذا الربح وقد تولد من مال للمتبوع وعمل قام به التابع وأخذ عليه أجره إنما هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر بمقتضى عقد استجاره التابع ثمرة للملكه، وثمرات الملك للملكه، وإلزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل في ذلك المال من ضرر لا بد له فيه ليس له سبب سليم يؤسس عليه.

شروط وجوب الضمان:

تبين مما سبق أن الضرر المالى لا يوجب ضماناً إلا إذا كان متماثلاً في فقد مال متقوم مملوك، فلا ضمان فيما ليس بمال^(١)، ولا فيما هو مال غير متقوم، وعلى ذلك

(١) روى عن محمد في الجراحات التي تتدخل وليس لها أثر تبقى حكومة عدل. وعن أبي يوسف أن الواجب فيها ثمن الدواء وأجرة الطبيب وما يتطلبه اندمالها من نفقات، وعن أبي حنيفة لا شيء فيها كما في ضربة تؤلم دون أن تترك أثراً (مبسوط ج ٢٦ ص ١١) ويظهر أن ليس شيء مما ذهب إليه الصاحبان من قبيل التعويض، وإنما يعد من قبيل التغيرير بالمال ووجوب رد الحال إلى ما كانت عليه، وعلى ذلك فلا يعد مثل ذلك نقصاً لاشتراط مالية الضرر.

ذهب الحنفية إلى عدم التضمن في المنافع سواء كان ذلك عند إتلاف مصادرها من الأعيان، أو عند انتقاصها، أو عند تعيينها أو عند فواتها أو تفويتها؛ لأنها ليست بمال عندهم ومن أجل ذلك لم يجوز أن تقابل بالمال، ولم يجوز ضمانها لقيام الضمان على المقابلة والمعاوضة، إذ إن أساس ضمان التالف إحلال مثيله محلّه؛ جبراً له ورفعاً لضرر فقده وذلك ما يدل عليه قوله تعالى في ضمان العدوان: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ (البقرة [١٩٤]) للنص فيه على مراعاة المائلة في الجزاء، وليس للمنافع مثل تجبر به عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها وطرق استيفائها، وهي أمور مختلفة فتختلف باختلافها ثم هي مع ذلك لا يرد عليها الإتلاف، إذ لا يتصور ورودها عليها قبل وجودها لعدمها فإن المعدوم لا يعدم، ولا عند وجودها، لأنها لارتباطها بالزمن تنعدم بانعدام لحظاته، فتعدم حين توجد ويكون عدمها مقارناً لوجودها فلا يتصور فيها إتلاف يصادف لها بقاء، ولذا لا يتصور ورود الإتلاف عليها ولا يتحقق لذلك سبب لضمانها من إتلاف أو وضع يد.

وخالفت في ذلك الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى وجوب التضمن فيها، لأنها في رأيهم مال متقوم يتحقق فيه التعدي المستوجب للتضمن، وذلك بالتعدي على مصادرها، أو بالحيلولة بينها وبين صاحبها ومنعه الانتفاع بها بأي سبب يحول بينه وبين الانتفاع؛ كالاستيلاء على مصادرها ومنعه من أن يقربها أو إخراجها منها أو إبعاده عنها، ألا يرى أنها تقابل بالمال في الإجارة، وتختلف قيمتها باختلاف الأزمان والأعيان والبيئات، فإذا فاتت على صاحبها من غير انتفاع بها، أو استعملت ضمنّت لتقومها كالأعيان كما تضمن منفعة الحر بالتفويت؛ وذلك بإجباره على العمل في حين أنه ليس بمال في رأى الحنفية، إنما لم تضمن منفعته بالقوات عند حبسه، لعدم تحقق الاعتداء عليها قصداً فكانت منعدمة. ويرى الحنفية أن تقوم المنافع في عقد الإجارة لا يصلح دليلاً على ماليتها؛ لأن تقومها في عقد الإجارة كان أثراً ونتيجة للعقد الوارد على مصدرها واعتباره حالاً محلها فيه، وكان وجوده وقيامه وجوداً لها فقومت تبعاً لتقوم أصلها؛ للضرورة التي اقتضت ذلك من حاجة الناس إلى انتفاع بعضهم بما لبعضهم الآخرين من أعيان ليس لهم مثلها، وقيام التعامل وتوقف المصالح على ذلك فكان تقومها في هذا التعاقد وأمثاله أمراً اقتضته الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولم يكن ذلك لماليتها، وتفرعاً على هذا الاختلاف فإن من يستولى على دابة مثلاً مدة من الزمن وحال بينها وبين صاحبها كان ضامناً لأجر مثلها في تلك المدة عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية فلا ضمان عليه عندهم وإن انتفع بها. وغاصب العين إذا أتلّفها بعد غصبها بمدة كان ضامناً لقيمتها وأجر مثلها في تلك المدة؛ لأن منافعها في ضمانه عند الشافعية

والحنابلة؛ لأن كلا من العين ومنفعتيها مما يضمن عند الانفراد فكذلك يكون الحكم عند الاجتماع على الأصح. وقيل: يضمن أكثر الأمرين قيمة، ولا يضمن عند الحنفية إلا قيمتها فقط سواء انتفع بها في تلك المدة أم لم ينتفع^(١).

ولما يضمن من منافع المصوب عند من قال بالتضمن فيها ما يصح استجاره منها، وتضمن بالتفويت استعمالا أو تعطيلًا. وإذا نقص المصوب ضمن قيمة نقصه مع قيمة منافعه وأجرته بعد النقص؛ أي أجرته ناقصًا.

وقد استثنى متأخرو الحنفية من عدم ضمان المنافع ثلاث مسائل ذهبوا فيها إلى الضمان، فأوجبوا على المعتدي فيها أجر المثل، وهي منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ومنافع ملك اليتيم ومنافع المعد للاستغلال من الأعيان، وهو من بناء صاحبه، أو اشتراه لذلك، أو أجره ثلاث سنوات أو أكثر متوالية، ويشترط في ضمان منافعه أن يكون المستعمل عالما بأنه معد للاستغلال، وألا يكون مشهورا بالغصب، وألا يكون المنتفع به قد انتفع بتأويل ملك كبيت سكنه أحد الشركاء فيه، أو بتأويل عقد كانتفاع المرتهن بالرهن.

ومن المعد للاستغلال ما بناء صاحبه لنفسه، وأعلن بعد ذلك أنه أعده للاستغلال وأخبر الناس بذلك، ففي هذه الأحوال الثلاث تضمن المنافع عند الحنفية استحسانًا؛ مراعاة لمصلحة الوقف، ومصلحة اليتيم حتى لا يكون من وراء عدم تضمن المنتفع عند ذلك عمالة على الإضرار بالوقف أو باليتيم؛ نظرًا لعدم قدرتهما على حماية حقوقهما. أما في المعد للاستغلال فالمراعى فيه أن إقدام المنتفع على الانتفاع به مع علمه بذلك، ومع إعداده للاستغلال يعتبر في حكم قبوله لاستجاره، كما يعتبر إعداده للاستغلال في حكم إيجاب صادر من مالكه بذلك، وعلى ذلك يشبه الوضع فيه وضع إجارة فاسدة بسبب عدم تعيين الأجرة والمدة فيها، فيجب أجر المثل.

ذلك هو حكم منافع العين إذا تلفت عند الحنفية، أما زوائدها المالية فقد ذهبوا فيها إلى أن المتصلة منها بالعين كالسمن يعتبر جزءًا من العين له حكمها، أما المنفصلة كالولد والثمرة فهي ملك للمالك العين، وتعد أمانة لدى صاحب اليد على العين فلا تضمن إلا بالتعدي، أو منعها عن مالكها إذا طالبها^(٢)، ولكن الأكساب^(٣). كالأجرة تكون ملكًا لصاحب اليد بسبب ضمانه؛ لحديث: «الخارج بالضمان»؛ ولذا لا تضمن كما لا يضمن بدلها من المنافع.

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦١ وما بعدها. وكشاف القناع ج ٢ ص ٧٤٠ وما بعدها.

(٢) ذهب إلى ذلك أئمتنا الثلاثة أبو حنيفة وصاحبه فلا تعد مغضوبة لعدم تفويت يد المالك فيها إذ لم يكن له يد عليها فأتى بفعل من غاصب أصلها «زيلي» ج ٢ ص ٢٢٢.

(٣) الأكساب جمع كسب؛ أي الأرباح.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة تدخل في ضمان صاحب اليد فيضمنها إذا تلفت في يده لتعديه بوضع يده عليها بلا حق.

أما المالكية: فقد اختلفوا اختلافا شديدا في حكم ضمان المنافع إذا تلفت فقالوا إن الغاصب لعين إما أن يكون قد قصد إلى غصب ذاتها وإما أن يكون قد قصد إلى غصب منافعها، بغية الانتفاع دون قصد إلى أخذ ذاتها اغتصابا.

ففي الحال الثانية وهم يخصصونها باسم التعدي يكون الغاصب ضامنا لمنافعها بإطلاق لا خلاف في ذلك عندهم سواء أعطل المغصوب، أم انتفع به، أم أكرهه فيلزم بأجر مثله مدة اغتصابه.

وفي الحالة الأولى - ويخصصونها باسم الغصب - وهي ما إذا عمد إلى غصب الذات فإن الحكم يختلف باختلاف نوع المغصوب، ففي العقار والدور والرباع والأراضي يكون ضامنا لمنفعته إذا استعمل المغصوب بزرع أو سكن أو إكراء^(١). وفي الحيوان يكون ضامنا لما لم ينشأ عن استعماله كالولد والثمره والصوف والجبن والزبد، ولا عبرة لما يحتاجه الزبد والجبن من عمل؛ لأن هذه الزوائد تعد كالجزة من المغصوب أما ما ينشأ عن استعماله ككراء الدابة وركوبها فلا يضمنها الغاصب بل تكون له، لأنها نتيجة عمله^(٢).

وفي غير ذلك من الأشياء لا ضمان على الغاصب في انتفاعه بالمغصوب، لأن منافعه حيثئذ لا تنشأ إلا باستعماله.

وفيما يلي بيان تفصيلي جامع في ضمان المنافع والزوائد في حال الغصب وإن شئت قلت: ضمان الغلة على أساس أن الغلة تعم المنافع والزوائد في اصطلاح المالكية.

جاء في البداية لابن رشد: إن حكم ضمان الغلة محل اختلاف في المذهب على قولين:

الأول: أن حكمها حكم الشيء المغصوب ذاته، ذهب إلى ذلك أشهب فيضمنها الغاصب بقيمتها يوم الغصب على قول، أو بأكبر قيمة بلغت في المدة بين يوم الغصب ويوم رد الشيء إلى مالكة أو يوم تلفه على قول آخر.

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٤٤٥.

(٢) المرجع السابق ص ٤٤٩.

الثاني: أن حكمها ليس كحكم الشيء المغصوب، وقد اختلف أصحاب هذا الرأي اختلافا كبيرا، وحاصل مذهبهم في حكمها أنها ثلاثة أنواع:

(أ) غلة متولدة من أصلها على هيئته وصورته كالولد، وحكمها وجوب الرد مع أصلها، وعلى الغاصب ضمانها عند عدم الرد، غير أنهم قد اختلفوا عند هلاك الأم لدى الغاصب، فقال فريق: يخير المالك بين أخذ الولد بقيمة الأم، فإذا اختار أحدهما لم يكن له الآخر.

(ب) غلة متولدة من أصلها لا على صورته كالثمرة واللبن والصوف والزبد والجبن وفيها قولان: أحدهما أنها للغاصب ولا ضمان عليه فيها، والثاني أنها للمالك وفي ضمان الغاصب وهو أرجح القولين، واختاره كثير من فقهاء المالكية، غير أنه إن تلف الشيء المغصوب كان المالك مخيرا بين أخذ القيمة وأخذ الغلة. فإن أخذ القيمة لا يكون له شيء من الغلة، وإن أخذ الغلة لا يكون له شيء من القيمة، وهذا مذهب ابن القاسم؛ إذ لا يجمع بين الغلة وضمان القيمة عنده.

(ج) غلة غير متولدة كالمنافع والأجور وما أشبه ذلك، وفي هذا النوع خمسة أقوال:

- ١ - أنها غير مضمونة على الغاصب بإطلاق، ولا يلزمه رد قيمتها.
- ٢ - أنها مضمونة على الغاصب بإطلاق، ويلزمه رد قيمتها.
- ٣ - أنها مضمونة عليه في حال الكراء فقط، وغير مضمونة عليه في غيرها كما إذا انتفع بالشيء المغصوب أو عطله.
- ٤ - أنها مضمونة عليه في حال الكراء والاستعمال، وغير مضمونة عليه إذا عطل.
- ٥ - التفرقة بين العقار والحيوان، ففي العقار تكون مضمونة على الغاصب إذا استعمله أو أكرأه، وغير مضمونة عليه إذا عطله، وفي الحيوان لا ضمان عليه فيما نشأ عن استعماله ككراء الدابة أو ركوبها، أما ما لم ينشأ عن استعماله فهو في ضمانه.

وهذا كله فيما أغلته العين المغصوبة مع بقائها، أما ما تغله بالتصرف فيها كالربح في الأموال يتجر بها، فهو للغاصب^(١).

(١) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٦٦.

وأرجح الأقوال أن غلة المغصوب ذاتا عقارا كان أو حيوانا، أو غيرهما في جميع أحوالها مضمونة على الغاصب، صرح به المازري، وشهره صاحب المتن وابن الحاجب، وقال ابن عبد السلام. إنه الصحيح عند ابن المولى وغيره من المتأخرين، وهو المشهور عند ابن رشد^(١). وفي هذه الحال حال القصد إلى غصب ذات الشيء إذا فات المغصوب ولزمت القيمة الغاصب كان للمالك قيمة المغصوب التالف وغلته وهو قول مالك وعامة أصحابه، وجمهور أهل المدينة. وقال ابن القاسم: لا كراء له إذا أخذ قيمة الشيء المغصوب التالف، أما إذا استرد العين المغصوبة، أو تلفت ولم يختَر تضمين الغاصب بل ترك، فله الكراء فقط إذ لا يجمع بين الغلة والقيمة ورجحه اللقاني وقال إنه المعتمد^(٢).

ومما تفرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان في إتلاف الأموال المباحة، لأنها غير مملوكة ولم يمس أحدا بإتلافها ضرر يترتب عليه ضياع حق يطالب بعوضه، ولكن إذا ترتب على إتلافها ضياع حق وجب الضمان، كما في إتلاف الأموال الموقوفة.

ومما يشترط في وجوب الضمان أن يكون في وجوبه فائدة؛ ولذا لا يجب الضمان على المسلم بإتلاف مال الحربى، ولا على الحربى بإتلاف مال المسلم، ولا على السلطان العادل بإتلاف مال الباغى ولا على الباغى بإتلاف أموال الجماعة لانعدام الولاية.

ويجب الضمان بتناول الغير حال المخصصة مع إباحة تناول عند الحنفية، ولا يجب عند إذن مالكة بإتلافه؛ لتسليطه على إتلافه، ولا يشترط في وجوب الضمان علم المتلف بأنه مال غيره؛ ولذا لو أتلف مالا على أنه له فظهر لغيره وجب عليه الضمان.

هل يلزم في الضرر الموجب للتعويض أن يحدث نتيجة اعتداء؟

جرى التشريع الغربى على أنه يجب في الفعل الذى ينشأ عنه الضرر أن يكون خطأ، ويرى أن الخطأ شرط ضرورى للمسئولية بالتعويض بل هو الأساس الذى تقوم عليه. ويعرف الخطأ فيه بأنه إخلال بواجب سابق صدر عن تمييز وإدراك^(٣)، كما يعرف فيه بأنه تعدد يقع من الشخص فى تصرفه بمجاوزته الحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه، وهو لذلك انحراف فى سلوك يترتب عليه الإضرار بالغير عن عمد أو إهمال أو تقصير. وعلى ذلك كان الضرر الموجب للتعويض فى هذا الفقه هو الضرر الناشئ عن

(١) الدسوقي: ج ٣ ص ٤٤٩.

(٢) الحرشى: ج ٦ ص ١٨٥ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه: ج ٣ ص ٤٤٩.

(٣) دكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية ج ١ ص ٦٢.

اعتداء مصحوب بالإدراك والتمييز، وكانت أفعال المجانين والأطفال ومن لا تميز عندهم موجبة للتعويض في ذلك التشريع - ذلك لأن إخلالهم بالواجب لا يعد إخلالا بواجب من ناحية عدم تكليفهم وخطابهم به لعدم تمييزهم، وبهذا المبدأ أخذ التشريع المصري الجديد في المادة ١٦٤ فقرة أولى، غير أن في الفقرة الثانية استثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو كان هناك، ولكن تعذر الحصول على تعويض منه، فإنه يجوز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم، فكان ذلك أمرا جوازيًا استثنائيًا تقديريًا.

والفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئا عن اعتداء، ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقا سواء أكان ناشئا عن اعتداء، أم لا، فإذا أتلّف صغير لا يعقل أو مجنون مالا لزمهما الضمان في مالهما، وإذا انقلب قائم على مال فأتلّفه لزمه الضمان في ماله، لا فرق في ذلك بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعديا عن قصد وعمد، وضرر صدر عن فعل من غير قصد التعدي كان صدر نسيانا، أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدثه في ماله أو صدر خطأ منه على ظن أنه مال لمن أمره بذلك الفعل فإذا هو مال لغيره، أو صدر منه ناسيا، أو غافلا، بل قد يكون حدوث الضرر موجبا لتضمنين من لم يصدر منه فعل أحدثه كالتلف يحدث في مال تحت يد ضمان بفعل لا يد لصاحب اليد فيه؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمنين فإذا وجدت العلة وجد المعلول. والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف؛ ولذا لزم الضمان من لا إدراك له في ماله وشغلت ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء، وإنما يجب الأداء في هذه الحال على من له ولاية على المال، وهذا إذ لم يسلط من لا تمييز له على المال، أما إذا سلط عليه من صاحبه فلا ضمان عليه. وعلى ذلك ذهبوا إلى أن من أعطى صغيرا مالا وديعة، أو قرضا أو إعارة فأتلّفه لا ضمان عليه؛ لأن إعطاءه إياه يعد تسليطا له عليه فكان بمثابة الأمر له بالإتلاف وعند الأمر به ينتفى الضرر، وبانتفائه ينتفى سبب التعويض، وذلك هو رأى الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور المالكية.

ومن المالكية من ذهب إلى أن الصبي الذي لا يعقل لا ضمان عليه فيما أتلّفه من نفس أو مال؛ لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب إليه فكان كالعجماء، ومنهم من قال: إتلافه المال هدر، أما الدماء فالدية على العاقلة، ومنهم من قال: عليه الضمان في ماله إذا أتلّف مالا، والأرض على عاقلته إذا جنى على النفس، أو أطرافها وبلغت ثلث دية النفس.

وفي «التاج» للمواق: وإن كان الجاني صبيا لا يعقل فقل أن ما أصابه هدر كالعجماء^(١)، وفي الخرشي أن الفعل الضار إذا حدث من صغير أو مجنون ففي ضمانه على ما ذهب إليه ابن الحاجب ثلاثة أقوال، وفي تحديد سنه إذا كان صغيرا خلاف - والمذهب الضمان، وأن التمييز لا يحد بسن، وأنه يضمن إذا فهم الخطاب فإذا أعلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه^(٢)، وقد ضعف هذا القول وأفتى بالقول الأول لأن أساس الضمان هو الجبر لا الجزاء والعقوبة، وأريد بالجبر رفع الضرر، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولا شك أن في إتلاف من لا تمييز له مالا لآخر إضرارا به يجب رفعه ولا سبيل إلى رفعه إلا بإحلال مال مكافئ له محله بدلا عنه. وليس ذلك إلا بأخذه من مال من تسبب فيه، حتى تكون تبعة فعله عليه لا على غيره؛ ولهذا لم يفرقوا في هذا بين الخاطئ والعامد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي، ويقولون لو رمى إنسان مال إنسان خطأ فأتلفه؛ بأن صوب إلى شاة على ظن أنها صيد أو صوب إلى غزال مباح فأصاب بقرة مملوكة؛ أو أكل مالا على ظن أنه ماله وجب عليه الضمان؛ لأنه جزء فعل فيعتمد عصمة المحل، والخطأ لا ينافي عصمة المحل؛ ألا ترى أنه لو أتلف جماعة مال إنسان وجب عليهم الضمان بالاشتراك فيما بينهم كما لو كان المتلف واحدا، ولو كان الضمان جزء فعل لوجب على كل منهم ضمان كامل كما في الاعتداء على صيد الحرم^(٣).

مثل من الفعل الضار

يراد بالفعل الضار الموجب للضمان كل فعل ترتب عليه تلف مال، أو فسد منفعة من منافعه سواء أكان المتلف هلاكا للمال كله كهلاك عين من الأعيان جميعها بحيث لا تبقى لها قيمة بعد تلفها كما في إحراق ثوب، أم هلاكا لبعضه كما في إتلاف جزء من عين كثوب أتلف بعضه، أم كان تعيبا ذهب بجميع منافعها أو بمعظمها، أو بما هو دون ذلك كما في قطع ثوب على وضع لا يصلح معه لما كان يطلب منه أو يصلح لبعضه، أم كان تغييرا ذهب بكل منافعها، أو ببعضها كما في تحويل القماش ورقا وطحن البر وخبز الدقيق، وفي حكم ذلك تغييب العين في محل مجهول أو لا يتيسر الوصول إليه -

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٩ والتاج ج ٥ ص ٢٧٤.

(٢) الخرشي ج ٦ ص ١٥١.

(٣) الدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ١٤٠ وفتح الوهاب شرح المنهج بهامش البحر ج ٢ ص ٢٩٠.

فكل فعل أدى إلى ذلك يعد فعلا ضارا غير أنه إذا تسبب عنه الضرر فكان السبب فيه، وأدى إليه مباشرة دون توسط فعل آخر بينه وبينه استوجب تضمين فاعله بلا خلاف بين أرباب المذاهب، وإن أدى إلى ذلك مع توسط فعل آخر بينه وبين الضرر وكان سببا في حدوث الضرر بحيث كان طريقا إليه كان إيجابه لضمان فاعله محل خلاف بين الفقهاء مرده كما سيأتي إلى اختلافهم في نسبة الضرر إليه، أو عدم نسبته إليه ونسبته إلى الفعل الفاصل على ما سيأتي بيانه. وهذا هو الضابط العام في الفعل الضار الموجب للضمان باتفاق الفقهاء، أو على اختلاف بينهم فيه.

غير أنه قد يرى أن من الفروع ما يدل الحكم فيه على أنه لا يشترط في الفعل الضار الموجب للتضمين أن يكون في المحل المطلوب ضمانه؛ أي في المال التالف، ففي «الشلبى» على تبين الحقائق نقلا عن «فتاوى قاضيخان»: لو غصب عجلا فاستهلكه وتسبب عن ذلك ييس لبن أمه قال أبو بكر البلخي: يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وأن لم يفعل في الأم شيئا، ولكن جاء في كثير من كتب الحنفية من حبس مالك حيوان عنه حتى هلك أو ضاع فلا ضمان عليه؛ إذ لا فعل له في التالف ولم تكن له يد عليه، كما لو غصب دابة فتبعها ولدها فتلف بسبب ذلك فلا ضمان عليه لقيمة الولد لعدم فعله فيه، والفرع الأول يدل على عدم اشتراط اتصال الفعل الضار بالمال التالف، والفروع الأخرى تدل على هذا الاشتراط، وفي رأى أن ذلك ظاهر المذهب خلافا لما رآه أبو بكر^(١).

ويلاحظ أنه إذا ترتب على الفعل تلف المال جميعه أو ذهاب منافعه أو معظمها أو أهم ما يطلب لأجله منها ألزم من أحدثه بمثله إن كان مثليا^(٢)، وبقيمته إن كان قيميا وفي حكم ذلك تغيب العين - وإذا ترتب عليه تلف بعض المال أو ذهاب بعض منافعه مع بقاء بعضها مما يطلب منه عادة، أو تعييبه تعييبا جزئيا ألزم من أحدثه بقيمة ما تلف أو نقص أو تعيب منه، وذلك عبارة عن الفرق بين قيمة المال قبل حدوث الضرر وقيمته بعد حدوثه - وعلى ذلك فالتضمين الواجب بالفعل الضار قد يكون بقيمة المال محل الضرر جميعها وقد يكون بمثله، وقد يكون ببعض القيمة، وهو في المال المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة.

(١) ج ٥ ص ٢٢٢.

(٢) المثلي ما تماثلت أحاده أو أجزاؤه تماثلا أدى إلى تقديره بالوزن أو بالكيل أو بالعدد وإلى عدم اختلاف قيم أجزائه وأحاده ووجد في الأسواق، أي كان بحيث يتيسر الحصول عليه عند طلبه، ويشمل كل موزون ومكيل ومعدود تقاربت أحاده وتماثلت - والقيمي ما عدا ذلك من الأموال كالعقار والحيوان والأحجار الكريمة وغيرها.

ما فيه ضمان المال جميعه:

مما يوجب ضمان جميع المال استهلاك المال وإتلافه ويكون ذلك بإخراج المال عن أن يكون متفعلاً به الانتفاع المطلوب منه عادة^(١)، ومن ذلك التعيب الذي يؤدي إلى زوال جميع منافع المال أو معظمها مع زوال اسمه، وإنما يزول اسم المال عادة بزوال ما يطلب منه من منفعة أساسية كأن يلحق به تغيير يؤدي إلى ذلك أو انتقاص يفقد بعضه يؤدي إليه كما في أخذ إحدى فردتي حذاء، أو إتلافها حيث لا يبقى للثانية الانتفاع المطلوب منها، وكذلك خلط المال بمال لمالك آخر ولو من جنسه إذا تعذر الفصل بين المالين، أو كان شاقاً، أو بمال مملوك للمالك المال إذا كان من جنس آخر كخلط زيت زيتون بزيت سمسم؛ لأن الخلط يؤدي إلى عدم الانتفاع بالمال المخلوط إلا إذا كان بمال من جنسه وهما للمالك واحد فلا يمنع حيثئذ من الانتفاع، ومن الموجب لضمان المال أيضاً جحد الوديعة إذا كانت ثابتة فيضمنها كلها، فكل هذه الأفعال ونحوها مما يؤدي إلى ما ذكرنا من الضرر - يوجب ضمان فاعله إذا أدى إليه بطريقة مباشرة، وذلك عندما يتسبب عنه الضرر.

وسواء في وجوب التضمنين أن تحدث هذه الأسباب في مال غير مملوك لمن أحدثها، أو في مال مملوك له إذا ما تعلق به حق لغيره تأثر بالضرر المرتب عليها، فالراهن إذا أقدم على إتلاف الرهن عند المرتتهن، أو على ما ينقص من قيمته لزمه ضمان الرهن أو نقضه؛ ليكون رهناً محل ما فقد حتى لا يضر المرتتهن بنقص ما ارتتهنه وثيقة لدينه. وعلى هذا الأساس أوجب الحنابلة ضمان الأضحية إذا أتلّفها صاحبها، وذلك لما في تلفها من الإضرار بحق الفقراء^(٢) وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وذلك يستوجب مساءلة الإنسان عما يحدثه من الضرر لغيره وإلزامه برفعه، وذلك بالتعويض؛ ولذا كان التعويض حقاً لمن أصابه الضرر لا يطالب به سواه، وله إسقاطه والمصالحة عليه، ويراعى في تقديره مقدار الضرر المعوض عنه.

وبناء على ما ذكر تجب قيمة الحيوان بذبحه إذا كان مما لا يؤكل لتحقيق الضرر، أما إذا كان مما يؤكل ورضى المالك بأخذ لحمه كان له ضمان النقصان، وإلا كان له قيمة الحيوان؛ لذهاب أهم الأغراض التي تطلب منه حال حياته.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٥.

(٢) القواعد لابن رجب: ص ٣١٢.

ما فيه ضمان بعض المال،

أما إذا أدى فعل من هذه الأفعال إلى نقص منافع المال، أو نقص في مادته، أو نقص في صفاته، وترتب على ذلك نقص قيمته فإن من أحدث هذا الفعل يلزم بضمان ما نقص من القيمة؛ بسبب هذا الفعل وطريق معرفته هو تقويم المال الذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه، وتقويمه بعد حدوثه، وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحدث الفعل، فإذا لم يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر، وكذلك إذا كان الفرق تافها لا يابه له الناس عادة إذ جرت عادة الناس بالتسامح فيه.

هذا، وقد يكون من أثر التغيير في المال زوال منفعه أو بعضها وحدث منافع أخرى ترفع من قيمته وقد تزيد قيمته بسبب ذلك عما كان له من قيمة قبل التغيير، ومثل هذا لا يعد ضررا عادة بصاحب المال، ولا يترتب عليه بناء على ذلك إلزام بتعويض منوط دائما بإحداث الضرر المؤدى إلى نقص القيمة.

في المباشرة والتسبب

تبين مما سبق ذكره أن مناط وجوب التضمن هو تحقق الضرر المالى بالضرورة؛ نتيجة لتلف ماله أو نقصه أو نقص قيمته أو بعضه أو لزوال الانتفاع الذي كان يطلب منه عادة على وجه تنقص به قيمته. وهذا الضرر قد يحدث عادة نتيجة مباشرة لما باشره المعتدى من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر، يتسبب عنه الضرر، وهذا ما يسمى بالضرر المباشر، ولا خلاف بين الفقهاء في تضمين محدثه. وقد يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر، وهو ما يعرف بالضرر بطريق التسبب، وفي هذه الحالة اختلفت أنظار الفقهاء فيمن يلزم بالتضمن من فاعل الفعلين. وقد قيل في بيانهما من حيث التفرقة بينهما: إن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله، والضرر المسبب هو ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثانى عنه، فإن لم يكن التخلف محتملا عند الضرر حينئذ مباشرة وكان الفعلان بمثابة فعل واحد، وقد قيل أيضا في بيان الضرر المسبب بأنه ما أدى إليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة، فإذا قطع شخص حبل قنديل معلق فانكسر بسقوطه على الأرض فإن تلف الحبل يعد ضررا مباشرا، لقطعه وانكسار القنديل يعد ضررا حدث تسببا عن قطع الحبل.

فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل ألزم من أحدثه الضمان اتفاقا؛ سواء كان من أحدثه معتديا فيه، أو غير معتد، وذلك محل اتفاق فيضمن المجنون فى ماله ما أتلفه

بفعله، وكذلك الصبي الذي لا يميز والنائم إذا انقلب على مال فأتلفه، وذلك لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ويعد هذا الإلزام في أموالهم من قبيل خطاب الوضع القاضي بترتيب المسبب على سببه كما قدمنا؛ إذ ليسوا في فعلهم هذا أهلا للتكليف ومناطق التضمين هو تحقق الضرر فكل من أحدث ضررا ماليا بغيره لزمه الضمان سواء أكان في إحداثه متعديا أم غير معتد.

وإذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعديا فيه اتفاقا^(١)، فمن حفر بئرا في ملكه فوقعت فيه دابة إنسان فتلفت أو أسقطها شخص آخر فتلفت فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يكن متعديا بحفره، وعلى المسقط الضمان في الصورة الثانية لمباشرة الإضرار، وكذلك إذا علق خادم مسجد قنديلا فيه فسقط على مال لآخر فأتلفه، أو وضع إنسان فوق سطح منزله متاعا فهبت ريح شديدة فألقت في الطريق فتلف به حيوان فلا ضمان، لعدم التعدد، في تعليق القنديل ووضع المتاع فوق السطح.

وأما إذا كان محدث الفعل الأول متعديا فيه بأن لم يكن له حق فعله فإنه يضمن إذا لم يكن الفعل الفاصل بينه وبين الضرر مانعا من نسبة ذلك الضرر إليه، ولا يضمن إذا منع من نسبته إليه، فمن حفر حفرة في طريق فسقط فيها حيوان فتلف أو ألقت الريح فيها حيوانا فتلف ضمن قبة هذا الحيران لتعديده بالحفر وتسببه في الإتلاف، وعدم امتناع نسبته إليه حيثئذ بسقوط الحيوان بفعله أو بفعل الريح.

أما لو عمد إنسان إلى حيوان أو متاع سقط في تلك الحفرة فتلف لم يضمن الحافر، وضمن المسقط؛ وذلك لحدوث ما يمنع نسبة الإتلاف إلى الحافر حيثئذ وهو إسقاط المسقط؛ إذ إنه بمباشرة الإسقاط أحدث فعلا تمتنع به نسبة الضرر إلى حافر الحفرة وينسب إلى المسقط.

والمتفق عليه بين فقهاء المذاهب أن المباشر ضامن وإن لم يتعد^(٢)، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا.

(١) ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان السبب صبيا أو مجنونا فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء مسببا لعدم تصور التعدد منه؛ فلا ضمان عليه حيثئذ أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظورا ليعد اعتداء ويكون عليه الضمان. ذلك ما لم أره ويظهر من إطلاقهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني والإلزام بالضمان محافظة على الأموال.

(٢) مجمع الضمانات: ١٤٦.

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الضمان على المباشر إلا في مسائل سنشير إليها فيما يأتي، فلو حفر شخص بئرا في ملكه فتردى فيها حيوان فتلّف لم يضمن؛ لأن التلّف حدث بطريق التسبب بالنظر إلى حفر البئر لتوسط التردى بينه وبين الضرر فحافرها لم يكن متعديا في حفرها؛ لأنها في ملكه فلهذا لم يضمن ولكن لو حفرها في غير ملكه كان حفرها في طريق عام مثلا فتردى فيها حيوان فتلّف ضمن قيمته؛ لأنه كان متعديا في حفرها وإن كان الضرر قد حدث بطريق التسبب.

ولو أشرع من بيته جناحا إلى الطريق ثم باع البيت فأصاب الجناح مالا فتلّف أو وضع خشبة في الطريق ثم باعها فتركها المشتري حتى عثرت بها دابة فماتت فإن الضمان في الحالتين يكون على البائع؛ لأن التلّف كان بفعله تسببا، وهو متعد فيه ولم ينسخ فعله بزوال ملكه؛ إذ إن حادث البيع لا يمنع من نسبة التلّف إليه عادة.

ولو فتح باب حانوت فتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به لم يضمن للفصل بين الفتح والتلف بما يمنع نسبته إلى الفتح وهو سرقة اللصوص؛ لأنها حدثت بإرادتهم وقد كان لهم ألا يقدموا عليها فلم يكن الفتح مؤديا حتما إلى فقد ما في البيت، فانقطعت بذلك نسبة الفقد إلى الفتح، اتعلقه بإرادة اللصوص، وهو قول للشافعي خلافاً لما لك وأحمد، إذ يريان عدم انقطاع النسبة بذلك لجريان عادة اللصوص بسرقة البيوت المفتحة الأبواب؛ وذلك ما يضعف احتمال عدم السرقة فيضمن الفاتح لتسببه وله الرجوع على من سرق.

ولو وضع في الطريق جمرا فاحترق به شيء ضمنه، ولكن لو حركت الريح هذا الجمر من مكان إلى مكان آخر من الطريق فاحترق به شيء لم يضمن؛ لأنه فصل بين فعله وبين التلف ما يمنع نسبته إلى فعله، وهو انتقال الجمر بفعل الريح إلى مكان آخر؛ إذ إن وجوده في هذا المكان بفعل الريح كان سببا في التلف مانعا من نسبته إلى فعل واضعه، وهو وضعه في المكان الأول، وذلك لانفساخه بفعل الريح.

وكذلك الحكم في كل شيء وضع في الطريق فتغير بوضعه فتلّف به مال؛ لأنه لم يعد تلفه أثرا للفعل الأول، وهو وضعه في المكان الأول، لاعتراض فعل آخر عليه فصل بينه وبين التلف كان هو السبب فيه، وهو انتقاله إلى المكان الثاني، وبذلك انقطعت نسبته إلى الفعل الأول. ولكن لو أن الريح حملت شرر هذا الجمر إلى ما تلف

به من المال ضمن عند بعض الفقهاء؛ لبقاء عين الجمرة في مكانها ولم ينسخه فعل الريح فبقيت نسبة التلف إليه؛ إذ لم يفصل بينه وبين التلف ما يمنع هذه النسبة عادة.

وقيل: إذا كان اليوم يوم ريح ضمن في الحالين. حال انتقال الجمر إلى مكان آخر وحال انتقال شرره؛ إذ لا يمنع فعل الريح فيهما نسبة التلف إلى وضع الجمرة ابتداء في الطريق لأنه حدث في يوم يهب فيه الريح؛ وذلك ما يجعل واضحه عالما بالعاقبة التي أفضى إليها فعله على وجه لا تخلف فيه عادة، ومن أجل ذلك كان علمه بعاقبة وضعه وإقدامه عليه مع ذلك غير مانع عادة من نسبة التلف إلى فعله فيضمن، إذ يعد التلف في هذه الحال كالمباشر، ونظيره دابة جالت في مربطها فأتلفت مالا مجاوراً^(١).

وإذا عهد ولي الأمر إلى إنسان بإصلاح طريق فباشر ذلك واقتضى عمله وضع أتربة ومواد لإصلاحه فعطبت بسبب ذلك دابة فلا ضمان لعدم التعدي في وضعه، وكذلك إذا صب الماء في الطريق لأجل هذا الإصلاح بخلاف ما إذا صبه لغير ذلك؛ إذ يضمن في هذه الحال لتعديده بالصب، وهذا إذا كان الماء كثيراً لم تحجر به العادة، أما إذا لم يتجاوز في رش الطريق بالماء العادة لم يضمن لعدم تعديده، وكذلك لم يضمن إذا ما تعمد المار في الطريق المرور بماله في موضع رش الماء فزلق فتلّف ماله ولم يكن مضطراً إلى المرور فيه؛ لأن مروره متعمداً من هذا المكان يمنع نسبة التلف إلى رش الماء عادة.

ولو وقع حيوان في بئر حفرت في الطريق العام فمات فيه جوعاً أو عطشاً فلا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة؛ لأنه مات لمعنى في نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات بالوقوع، فنسب التلف إليه، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى تضمينه؛ لأن ذلك حصل له بسبب الوقوع فالتحق به فلم تزل نسبة التلف إليه.

ولو حمل شيئاً فسار به في الطريق فسقط على متاع فأتلفه ضمن؛ لأن حمل المتاع في الطريق وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة كالرمل إلى الهدف فاعتبر معتدياً لذلك - وهذا ما يدل على وجوب مراعاة جانب الحذر وعدم التقصير، إذ إن اشتراط السلامة في مثل هذه الأحوال لا يراد بها إلا إيجاب الحذر فيها وتجنب التقصير ما أمكن حتى لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس.

(١) راجع تبين الحقائق ج ٦ ص ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥.

ولو فتح شخص باب قفص فطار منه الطير وضاع لم يكن عليه ضمان في قول
أبي حنيفة وأبي يوسف، وذهب محمد إلى أنه يضمن، وهو مذهب المالكية والحنابلة،
وذهب الشافعي إلى أنه يضمن إذا خرج الطير من القفص طائرا فور فتحه وإلا لم
يضمن.

وجه قول محمد ومالك وأحمد أن الفتح وقع إتلافا للطير بطريق التسبب في
خروجه وطيرانه المؤديين إلى ضياعه، ولم يكن ما حدث من الطير مانعا من نسبة التلف
إلى الفتح؛ لأن الطيران طبع له عادة، فإذا وجد مخرجا بعد حبسه طار دون تخلف
عادة؛ فكان الفتح إتلافا له وهو متعمد فيه، وكان المحدث له كالمباشر للتلف فوجب
لذلك الضمان، ومثله إذا شق شخص زقا لآخر فيه زيت مائع فسال فتلف، وبهذا يوجه
قول الشافعي إلا أنه يرى أن الطير إذا لم يطر فور فتح القفص بل مكث مدة ثم طار لم
يكن طيرانه مضافا إلى الفتح بل إلى الطير فلا يكون الفتح متلفا، ولا يجب عليه
لذلك الضمان.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن فتح القفص ليس إتلافا بطريق المباشرة ولا
بطريق التسبب؛ أما أنه ليس بطريق المباشرة فللفصل بينه وبين ضياع الطير بخروج الطير
وطيرانه، وأما أنه لم يكن إتلافا بطريق التسبب فإن ضياعه كان نتيجة لخروجه من
القفص وطيرانه؛ وقد حدث ذلك منه بناء على اختياره - وقد كان له ألا يخرج وألا
يطير وأن يرجع إذا طار فكان ضياعه مضافا إلى فعله واختياره وذلك ما يمنع من إضافة
التلف إلى الفتح فلا يترتب عليه ضمان.

ومثله ما إذا حل قيد عبد خيف إياقه فإنه لا يضمن لأن إياقه باختياره، وليس
كذلك شق الزق وسيلان الزيت؛ إذ إن سيلانه طبيعة له لا تتخلف عند ارتفاع المانع
فكان الشق في حكم السبب المباشر لعدم الفاصل بينه وبين تلف الزيت بسيلانه على
وضع يمنع نسبة التلف إليه، وهذا بخلاف ما إذا كان ما بالزق سمنا جامدا فأذا بته حرارة
الشمس بعد شقه فسال فتلف؛ إذ لا ضمان على الشاق في هذه الحال، إذ لم يكن
السيلان طبعيا له في حال الشق وإنما وجد بعد ذلك بفعل الحرارة فكان هو مسبب التلف
وامتنعت نسبته وإضافته إلى الشق لذلك. وخالف المالكية والحنابلة والشافعية فذهبوا إلى
تضمينه لعدم انقطاع نسبة التلف إلى الشق عادة في هذه الحال، وإذا كان سيلان ما في
الزق بعد قطعه نتيجة لإقدام شخص آخر على إمالة الزق فالضمان على من أماله لنسبة
التلف إليه، وانقطاع نسبته إلى الشق بسبب ذلك.

وإذا وضع شخص السم في طعام معد لأكل حيوان فقدمه إليه صاحبه جاهلاً أو أكله الحيوان فمات ضمن واضعه اتفاقاً، وإذا وضع السم في طعام فقدمه آخر إلى حيوان وهو جاهل فأكله ضمن واضعه عند مالك وأحمد.

وإذا ساق دابة فوق سرجها أو ما تحمله على مال فأتلفه ضمن السائق؛ لتعديه في هذا بالتقصير في الشد والإحكام^(١).

وإذا قطع وثيقة دين فمزقها أو أحرقها فضاع الدين بإنكار المدين إياه ولا بينة ضمن الدين عند مالك وأحمد خلافاً للحنفية والشافعية؛ إذ ذهبوا إلى أن ضياعه إنما كان بإنكار المدين، وذلك ما يمنع نسبة التلف وإضافته إلى إحراق الوثيقة - وما يجب ملاحظته أن التلف إذا حدث وقد أفضى إليه فعلاً، فإن أدى إليه الفعل الأول دون تخلف كان الضمان على من أحدث الفعلين؛ وذلك لارتفاع مستوى الفعل المسبب حيثئذ إلى مستوى المباشرة وصيرورتها كفعل واحد لتلازمهما؛ كمن عمد إلى حفر حفرة في طريق لحيوان عرف مسيره فيه؛ قصداً إلى إتلافه فأرداه فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان على الحافر والمردى بالاشتراك، وإن لم يتر الحافر قد قصد إلى ذلك بحفره فالضمان على المردى وحده؛ لامتناع إضافة التلف حيثئذ إلى الحافر بفعل المردى وهو مكلف عاقل، وكذلك الحكم في جميع الأحوال التي يكون فيها الفعل الثاني قد صدر من إنسان له اختيار فترتب عليه التلف؛ إذ ينسب التلف إليه حين ذلك وتقطع نسبته إلى الأول، وذلك لوجود اعتداء ممن قصد إليه وباشره وترتبت عليه نتيجته التي أرادها منه دون مشاركة من صاحب الفعل الأول - وذلك فيما يظهر محل اتفاق بين الشافعية والحنفية خلافاً للمالكية والحنابلة، فقد نصوا على تسمين من أعطى العبد المقيد مبرداً فقطع به قيده وهرب في حين أن ذلك فعل مختار، وعلى تضمين من فتح باب الخانوت وتركه مفتوحاً حتى سرق اللصوص ما فيه، في حين أن الفعل الثاني قد صدر كذلك من مختار، وعلى تضمين من قطع وثيقة دين أو أحرقها فضاع الدين بإنكار المدين مع أن الإنكار قد صدر من مختار، وعلى تضمين من دل اللص على مال لإنسان فسرقه، وعلى تضمين من وشى بإنسان لدى حاكم ظالم بما حملة على أخذ ماله. فتلك فروع تدل على مخالفتهم في هذا الضابط، وأنهم يقدرون لكل من الفعلين ظروفه وصلته بالتلف الحادث.

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٣٣.

أما إذا كان الفعل الثاني قد صدر على خلاف ذلك بأن صدر من الحيوان، أو من فعل الطبيعة، أو بأمر سماوى أو ممن أكره عليه بإكراه يلجئ زال معه اختياره فإنه لا يقطع إضافة التلف إلى الفعل الأول، ولذا يضمن فاعله كما فى سيلان الزيت من الزق بعد شقه وسيلانه بفعل حرارة الشمس عند المالكية والحنبلة والشافعية خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف - وكما فى سيلان الزيت من الزق بعد شقه بسبب سقوط الزق بفعل الريح بخلاف ما إذا كان ذلك بفعل إنسان.

والخلاصة أن الضمان يجب على من أحدث التلف إلا إذا منع من إضافة التلف إليه ترتب التلف مباشرة على فعل شخص آخر أحدثه فصل بينه وبين فعل الأول فنسب التلف إليه على وضع انقطعت به نسبته إلى الفعل الأول، وذلك ما تختلف فيه أنظار الفقهاء اختلافا أدى إلى اختلافهم فيمن يلزم بالضمان أهو محدث الفعل الأول؛ لإضافة التلف إليه واعتباره مباشرا للتلف، أو هو محدث الفعل الثانى؛ لامتناع إضافة التلف إلى الفعل الأول؛ نتيجة لفعله واعتباره بسبب ذلك مباشرا. ومن ذلك ما إذا أغرى إنسان ظالما على أخذ مال لآخر ودله على مكانه، فقد ذهب أحمد إلى تضمين المغرى مع أنه متسبب، والظالم مباشر، وكذلك من كذب لدى حاكم كذبا أدى إلى أخذ مال إنسان كان ضمانه عليه لكذبه وإغرائه. لعدم انقطاع نسبة التلف إلى المتسبب حيثئذ فى رأيه^(١).

ومن صور الإتيان تسببا حدوثه نتيجة لتترك فعل لو أنه حدث ما كان إتيان كما إذا شاهد شخص مالا معرضا لتلف يحقق به وفى استطاعته إنقاذه فتركه حتى تلف، وفى هذه الصور اتفقت كلمة الفقهاء على عدم التضمن إذا لم يكن هذا الترك تركا لواجب عليه شرعا، كما إذا رأى نارا تلتهم مالا على مشهد من صاحبه القادر على إنقاذه وفى استطاعته إطفائها وإنقاذ المال من الاحتراق بها؛ إذ إن وجوب ذلك حيثئذ على صاحب المال لقدرته لا على غيره. ولكن إذا ما تعرض مال للتلف أو الهلاك على غير مشهد من صاحبه القادر على إنقاذه وشاهد ذلك من وفى استطاعته أن يدفع عنه هذا التلف فلم يفعل حتى تلف المال ففي ذلك يختلف النظر، فالمالكية يضمنونه والحنفية لا يضمنونه.

وجه القول الأول أن صون مال المسلم واجب على القادر عليه - ومن ترك واجبا ترتب عليه تلف مباشر ضمن، كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، أو الأخذ ممن يجحدها ثم تلفت بسبب ذلك.

ووجه قول الحنفية أن مناط التضمن هو الإلتلاف، وذلك إنما يتحقق بإحداث ما يترتب عليه التلف، ولا يكون ذلك إلا بفعل وجودي، أما العدم فلا يصلح متلفاً، وإنما يحدث التلف عنده بفعل آخر فلا يترتب على العدم لذلك ضمان^(١).

وجملة القول أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً بفعله وذلك محل اتفاق بين المذاهب.

ومبنى هذه التفرقة فيما يظهر أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب بما يرفع هذا الضرر؛ لا تسابه إليه وإحداثه إياه، أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور؛ لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب، فإذا انتفت نسبتة إليه خفيت سببيته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساساً لإلزام صاحبه بالضمان، وإذا نسب الضرر إليه عادة وكان غير محظور شرعاً لم يصلح سبباً موجباً للضمان مع ثبوت حقه في فعله فوجب لذلك أن يكون محظوراً حتى يكون التضمن من موجبات حظره، وتبعاته دفعاً للإضرار به.

وكذلك اتفقت المذاهب على أنه عند اجتماع المباشر للضرر والمتسبب فيه يتعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب، وقد قيدت هذه القاعدة عند الحنفية بما ذكره الزيلعي في التبيين، وهو أن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان المسبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإلتلاف، أما إذا كان الإلتلاف نتيجة لاجتماعهما فترتب عليهما كان الضمان عليهما جميعاً، وذلك كما في الراكب للدابة والسائق إذا أتلقت مالا في سيرها، إذ يكون الضمان عليهما وإن كان الراكب مباشراً للإلتلاف والسائق متسبباً فيه^(٢). كما قيدها المالكية بألا يكون المسبب قد قصد إلى إلتلاف مال معين بفعله، أما إذا كان قد قصد بفعله ذلك فتلف المال كان الضمان عليهما جميعاً، كما نص على ذلك في الشرح الكبير للدردير في أول كتاب الغصب.

ويبدو أن ذلك ما أراده الحنفية حين قيدها بألا يرتفع المسبب إلى مستوى المباشر وإن كان ما ذكره الحنفية أعم مما ذكره المالكية كما يتضح من الفروع الآتية:

(١) راجع الزيلعي ج ٦ ص ١٤٣ وما بعدها، والبدائع ج ٧ ص ١٦٤ وما بعدها، وقواعد الأحكام ج ٢ ص ١٤٦، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥١ وما بعدها، وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٤ وما بعدها، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها، والفروق للقرافي ج ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها.

(٢) الزيلعي ج ٦ ص ١٥٠.

وهي إذا حفر إنسان حفرة في طريق لحیوان عرف أنه سيمر فيه، وذلك بقصد إتلافه فأرداه فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان يكون عليهما جميعا كما سبق، وكذلك تضمين السائق والراكب لما وطئته الدابة فأتلفته؛ ومثل ذلك ما إذا أمر راكب غيره بنخس الدابة فنخسها فأسرعت، ووطئت متاعا فأتلفته أو ضربت بيد أو ذنبها، فالضمان عليهما، وكذلك الحكم فيمن أمسك شخصا لظالم ليأخذ منه ما معه من النقود بعد فراره فالضمان عليهما عند محمد خلافا لأبي حنيفة (١).

وقيدت كذلك بالألا يكون حدوث الفعل الثاني لازما لحدوث الفعل الأول على وجه اللزوم وإلا كان كفعل واحد فيكون الضمان على فاعليهما، ذكر ذلك الحنفية.

وقد ذهب المالكية إلى أنه في الحالات التي يكون فيها الضمان عليهما - كما في الإلتاف المكره عليه، ومن أخذ مالا لآخر لإتلافه - يبدأ في التضمين بالمباشر، فإذا أعدم ضمن المتسبب، ومن غرم منهما شيئا لم يرجع على الثاني به لتعديهما جميعا. واستثنى من ذلك ما إذا أكره إنسان على إحضار مال لآخر فأخذه فإن ضمانه عليهما سواء، ومن غرم شيئا رجع بنصفه على صاحبه.

وجاء في القواعد لابن رجب الحنبلي: أن هذا الأصل مقيد بالألا تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، أى بالألا يكون الفعل المؤدى إلى التلف مباشرة مبنيا على الفعل المتسبب وناشئا عنه سواء أكان الفعل المتسبب ملجئا إلى الفعل المباشر أم لا. غير أنه إذا كان الفعل المباشر في هذه الحال لا عدوان فيه بالكلية استقل المتسبب وحده بالضمان، وإن كان فيه عدوان اشترك المتسبب والمباشر في الضمان، ذلك ما ذهب إليه الحنابلة، ونتيجة هذا أن الأحوال ثلاثة:

الحال الأولى: اجتماع المباشرة والتسبب ولم تكن المباشرة ملجئة إلى التسبب، وفي هذه الحال يتعلق الضمان بالمباشر، كما في حفر بئر في الطرق فتلقى فيه بفعل إنسان دابة فتتلف فإن ضمانها على من ألقاها وحده، وهو المباشرة، وهذا محل اتفاق بين المذاهب.

الحال الثانية: اجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب وليس فيها عدوان، وذلك كما في: حكم القاضى بمال لآخر ذهب به، وذلك بناء على شهادة شهود ثم رجع الشهود، فالضمان على الشهود دون القاضى، وإن كان مباشرا للإتلاف إذ ليس في عمله عدوان ولذا كان الضمان على المتسبب لإلجائه إلى المباشرة.

(١) مجمع الضمانات ص ١٧٧، والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٤٤٥ ص و ج ٤ ص ٢٤٤ وما بعدها.

ومن ذلك ما لو نخس رجل دابة يركبها آخر فتفتحت أو ضربت يدها فأتلقت متاعا فإن الضمان على الناحس وهو المسبب لا على الراكب وإن كان مباشرا لركوبه - ومثل ذلك في الحكم ما لو دفع شخص إلى صبي سكيناً فوقعت منه فأتلقت مالا فإن ضمانه يكون على الدافع، لانتفاء نسبة الضرر إلى الصبي، ومثله أيضا ما لو وضع شخص حجرا في الطريق العام فعثر به إنسان فسقط على متاع فأتلقه فإن الضمان يكون على واضع الحجر؛ لأنه بمنزلة الدافع لمن عثر وذلك أيضا محل اتفاق.

الحال الثالثة: اجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب ولكنها عدوان كما إذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال لثالث، فالمكره (بكسر الراء) مسبب والمكره (بفتح الراء) مباشر، وفي المباشرة عدوان هو الإكراه وفي هذه الحال اختلفت آراء الحنابلة، فكان لهم فيها ثلاثة أقوال:

الأول: أن الضمان على المكره (بكسر الراء) وحده، وهو مذهب الحنفية، ولكن لصاحب المال عندهم أن يطالب المكره (بفتح الراء) على أن يكون له الرجوع على ما أكرهه وعليه يستقر الضمان.

الثاني: أن الضمان عليهما جميعا؛ لاشتراكهما في الإثم والعدوان وهذا مبني على أن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير.

الثالث: أن الضمان على المكره (بفتح الراء)؛ لأنه المتلف المباشر.

ومن صور هذه الحال الثالثة وضع حجر على حافة بئر حفر في الطريق، فتعثر فيه دابة فوقعت في البئر فتلفت - قيل الضمان على واضع الحجر؛ لأنه في حكم الدافع للدابة في البئر، وقيل عليهما كالذي أحضر مالا لمن أتلفه وكالمسك للصائل - والوديع لو دل لصا على الوديعة فسرقتها كان الضمان عليهما عند الحنابلة. وقد سبق أن ذكرنا ما ذهب إليه الحنفية من أن الفعل المتسبب إذا كان مؤديا إلى الفعل المباشر على وجه اللزوم كانا في حكم فعل واحد، وكان الضمان على المتسبب والمباشر جميعا - وكذلك لو ارتفع التسبب إلى مستوى المباشرة. ويظهر لي أن هذا محل اتفاق.

وقد ذكر الحنابلة أن الضرر إذا كان مباشرا وحدث فور الفعل المباشر أضيف إليه وضمن محدثه. ولكن إذا فصل بينه وبين الفعل الأول السبب له فعل آخر كان الضرر مباشرا له - فإن كان حدوث ذلك الفعل أمرا محققا لازما لحدوث الفعل الأول لم يمنع من نسبة الضرر إلى الفعل الأول لزم صاحبه الضمان وإلا فإن كان حدوثه غير محقق ولكنه يمنع من الإضافة عرفا لم يضمن محدث الفعل الأول وضمن الثاني، وإن لم يمنع من الإضافة على محدث الفعل الأول. كما ذكروا أن كل من أزال مانعا من التلف

فحدث التلف ضمن من أزاله؛ ولذا يذهبون إلى تضمين من فتح باب حانوت وتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به، لا من أعطى مفتاحه للصوص. إذ لم يعد ذلك من قبيل إزالة المانع في نظرهم، ويظهر لى أن محل ذلك عند الجهل بأن المدفوع إليه سارق، ولم يضمنوا من حبس مالك الدواب عنها حتى ضاعت أو ماتت جوعا، ولكن ضمنوا من حال بين عامل وعمله حتى فسد العمل كالطباخ يحبس عن مراقبة الطعام حتى يفسد، وضمنوا من ضرب يد إنسان فسقط ما بها وتلف. وجملة القول أن هذه الأحكام أحكام اجتهادية أساسها النظر وهو يختلف باختلاف الناظرين، فاختلفت لذلك الأحكام.

إتلاف المال بأمر الغير

ليس لإنسان أن يقدم على إتلاف مال لغيره، فإن أكره على ذلك بما لا يعد ملجئا لم يغير ذلك من حكمه فيضمنه المتلف في هذه الحال لمباشرته، ولكن إذا كان الإكراه ملجئا، فإن المكره (بفتح الراء) يعد في هذه الحال إذا أقدم على الإتلاف كالآلة في يد المكره (بكسر الراء)، وعلى ذلك يكون الإتلاف منسوباً إليه، ويكون الضمان عليه وحده حتى أنه ليضمنه كذلك إذا كان المال المتلف ملكاً لمن أتلفه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، غير أنهم جعلوا لمالك المال الخيار في تضمين المكره والمكره، أما المكره فلمباشرته الإتلاف، وأما المكره (بكسر الراء) فلاضافة الإتلاف إليه واعتباره المكره آلة في يده، وفي هذه الحال يستقر الضمان على المكره (بكسر الراء) فإذا ضمن المكره (بفتح الراء) رجع بما غرم على من أكرهه، وإذا ضمن من أكرهه لم يرجع على المكره (بفتح الراء) بشيء، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، غير أنهم لا يضمنون المكره (بفتح الراء) ابتداءً.

أما إذا حمل على الإتلاف بالأمر فإن كان الأمر من مالك المال المطلوب إتلافه فلا ضمان على المتلف لتسليطه من مالك المال وانتفاء الضرر بذلك التسليط وهذا لحصول رضاه به. أما إذ كان المال لغير الأمر، وأقدم المأمور على إتلافه فالضمان على المتلف لا الأمر؛ لأنه أمر بما هو معصية ولا طاعة في معصية، والقاعدة أن كل موضع لا يصح الأمر فيه لا ضمان على الأمر لعدم وجوب طاعته. وهذا كما هو بين إذا كان الأمر لا يعد من قبيل الإكراه الملجئ وإلا كان الحكم عندئذ هو الحكم في الإكراه الملجئ كأن يكون الأمر سلطاناً أو حاكماً ظالماً يعرف بأنه يعاقب مخالفه بما يصل إلى درجة الإكراه. وقد يحدث أن يكون إقدام الشخص على إتلاف مال نتيجة صدور أمر له بإتلافه ظنه واجب الطاعة عليه، وفي هذه الحال إذا كان المال لغيره ضمن لمباشرته الإتلاف وله الرجوع على الأمر بما غرم بسبب غروره، وذلك إنما يكون إذا كان الأمر في مركز يجعل

أمره أمرا واجب الطاعة، كما هو الحال في ولي الأمر فيما له الأمر فيه، وكما في الوالدين بالنسبة للصبي، وقد نص الفقهاء على أن أمر الأمر بما يملك مباشرته يجعل المأمور به وكيفا فيه عن الأمر فيكون فعله كفعل الأمر، كما نصوا على أن أمر الصبي الذي لا يميز بإتلاف مال لشخص يجعله بمنزلة الآلة في يد الأمر إذا أقدم الصبي على إتلافه، وفي جامع الفصولين: لو أمر صبيا بإتلاف مال رجل فأتلفه ضمن الصبي لمباشرته ثم يرجع عليه على الأمر، وفي مجمع الضمانات: لو أمر صبيا بإحضار نار فجاء بها، وسقطت منه على متاع فأحرقته ضمن الصبي ثم رجع على الأمر وضمان الصبي لمباشرته وضمان الأمر لغروره.

وفي الأشباه والنظائر للسيوطي - إذا أفتاه مفت هو من أهل الفتوى بإتلاف مال ثم تبين خطؤه بعد الإتلاف ضمن المفتي لغروره.

في تعدد الأسباب بتعدد الفاعلين

وإذا تعددت أسباب التلف بتعدد من أحدثها، وكانوا جميعا مباشرين أو متسبين، ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفا في إحداث الضرر أو لم يتبين اختلافها في إحداثه لزمهم الضمان على التساوي كجماعة اشتركوا في حمل حجر ثم ألغوه على إناء فكسروه، أو على حيوان فنفق، أو اشتركوا في حفر بئر في الطريق دون أن يتبين ما حفره كل منهم فوقع فيه حيوان فنفق؛ لأن الضرر حيثئذ قد تسبب عن فعل ضار اشتركوا فيه جميعا فوجب اشتراكهم في تبعته كما لو اشترك جماعة في قتل شخص، إذ يقتلون فيه جميعا، لقول عمر: لو اشترك في قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعا - قالها في قتيل قتله أكثر من واحد. ولكن إذا ما تبين ما لكل شريك من تأثير التلف فإنه يلزم كل فاعل بتبعة فعله. وهذا ما تدل عليه فروع الفقهاء في الجراح وما رتبوه عليها من إلزام بالأروش^(١). وذلك هو الحكم مع مراعاة تقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهما على ما سبق بيانه، ومع صلاحية الجميع للإلزام بالضمان فإن كان فيهم من لا يصح للإلزام ففعله هدر، وفيما يلي بعض فروع في الموضوع:

١ - حفر بئرا في الطريق ثم حفر آخر طاقة في أسفلها فوقع فيها حيوان فمات كان الضمان على الحافر الأول قياسا، وهو قول محمد، وعليهما أثلاثا، على الأول الثلثان وعلى الثاني الثلث استحسانا؛ لأن الحافر الأول أقوى سببا لولاه ما حفر الثاني.

(١) تكملة البحر ج ٨ ص ٣٩٧، الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٩. المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٥٦٥، البدائع ج ٧ ص ٣٨٠ وما بعدها، رد المحتار ج ٤ ص ١٦٤، والخطاب ج ٦ ص ٣١٦.

٢ - حفر بئرا في طريق ثم وسع آخر رأسها فسقط فيها حيوان فمات كان الضمان عليهما أثلاثا على الأول والثاني إذا وقع في موضع اشترك في حفره الحافران ولكن إذا تبين أن السقوط كان فيما حفره الثاني كان الضمان عليه وحده، وإن لم يدر كان الضمان عليهما بالسوية.

٣ - حفر بئرا في الطريق فوضع فيه إنسان سلاحا ثم سقط فيه حيوان فوق وقع على السلاح فمات كان الضمان على الحافر؛ إذ لولا الحفر ما وقع على السلاح.

٤ - إذا رجع بعض الشهود بعد أن قضى القاضى بالمال لشخص ذهب به فإن الضمان على الراجع، يقدر أثره في الشهادة فإذا كانا شاهدين كان عليه نصف المال، وإن رجع الاثنان كان عليهما كل المال بالتساوى.

الشرط:

جاء في قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام أن من أسباب التضمنين الشرط، وعرفه بأنه ما يتوقف الإلتلاف على إيجاده وليس مباشرة ولا تسببا كإمساك شخص دابة لآخر فقتلها إذ لم يصدر منه فعل يعتبر جزءا من فعل القتل، وإن مكن الفاعل منه فعله.

والظاهر أن ذلك ليس إلا ضربا من ضروب التسبب بمعناه الواسع، إذ لولا الإمكان ما تمكن القاتل من قتلها فكان الإمساك سببا مؤديا إلى القتل وإن لم يكن سببا ملجئا إليه، وعبرة الفقهاء لا تأبى ذلك البيان، وعلى هذا فلا يعد الشرط سببا آخر زائدا عن الإلتلاف بالتسبب، وإنما يضمن الممسك في مثل هذه الحال، لنسبة التلف إليه عادة وعدم انتفاء تلك النسبة بعمل المتلف كما يرى بعض الفقهاء.

وفى رأى غيرهم أنه لا ضمان عليه؛ لأن إقدام القاتل على قتل الدابة نتيجة إرادته واختياره، وقد كان له أن يسببها وألا يقتلها، وبذلك تنقطع نسبة التلف إلى الممسك فلا يضمن، وهذا مذهب الحنفية.

التعسف في استعمال الحق

أوساء استعمال الحق

التعسف في الفعل لغة يبنى عن صدوره من غير روية ولا تدبر ولا نظر لعاقبته فيصدر على غير هدى مع ضرب من العنف والقوة - والشأن في الفعل يصدر على هذا الوضع أن يسبب ضررا، فإذا أصاب ذلك الضرر غير فاعله كان ذلك محلا للنظر في مسئولية فاعله عن ذلك الضرر باعتباره فعلا ضارا ترتب عليه ضرر حرمه الشارع، وكان

لذلك فعلا محظورا؛ لأن ما يؤدي إلى المحذور يكون محظورا - غير أن ما يقوم به الإنسان من أفعال منه ما هو حق من حقوقه التي خولها له الشارع - ويلحق بذلك ما هو رخصة أباحها الشارع له، ومنه ما هو أمر محذور حظره الشارع عليه.

فإذا كان أمرا محظورا كان مسئولا عما يترتب عليه من ضرر يصيب غيره سواء أصدر عن قصد وإدراك أم عن غير قصد؛ وذلك ما سبق بيانه في الكلام على الفعل الضار.

وإذا كان أمرا جائزا له مباشرته فترتب عليه ضرر بغيره وكان من قبيل الرخص كان كذلك مسئولا عن ذلك الضرر؛ لأن الشارع الإسلامي قد اشترط في مزاوله هذا النوع السلامة، وعدم الضرر، فالسير في الطريق رخصة أباحها الشارع على ألا يكون سببا في ضرر غير السائر فيه؛ لأن الرخص عامة مشتركة وذلك ما يقتضيه الحذر والحرص في مزاولتها، حتى لا يضار إنسان بسبب انتفاع غيره وهما في الانتفاع بها سواء، وما جعلت رخصا إلا على أساس الانتفاع بها انتفاعا مشتركا سليما من الأذى والضرر؛ ولذا كان الضرر في هذه الحال مستوجبا للتعويض إلا إذا كان حادثا من فعل لم يتجاوز فاعله فيه حد الأمر بالمعروف المألوف الذي ليس فيه تقصير؛ لأن حدوثه عندئذ يكون قضاء وقدرا لا تعويض فيه^(١).

أما إذا لم يكن من قبيل الرخص بل كان حقا له فإن عليه حينئذ - ليظل حقا له - أن يلتزم حدوده المرسومة له شرعا عند صدوره. وإذا تجاوزها كان هذا خروجا عنه وكان فعلها اعتداء، وكان ما يترتب عليه عندئذ من ضرر مسئولا عنه، ولم يكن هذا من قبيل التعسف في استعمال الحق، بل يكون خروجا عن الحق وتجاوزا له واعتداء.

أما إذا التزمها وصدرت منه على هذا الوضع، فقد كان التشريع الوضعي فيما مضى لا يرى مساءلته عما يؤدي إليه فعله من ضرر عند مباشرته سواء أكان في إحداثه إياه سهوا أم سئ النية، أم لم يكن، ولكن رجال التشريع المحدثين رأوا خلافا لأسلافهم وجوب النظر في ذلك متابعة لما رآه فريق من فقهاء الشريعة من أن المسؤولية يجب أن تتحقق في هذه الحال مع مراعاة ظروف خاصة.

(١) ليس المجال هنا مجالا لتمييز الرخصة من الحق، غير أن ذلك لا يمنعنا أن نشير إلى أن المراد بالرخصة هنا ما كان أمرا مباحا مشتركا لا يختص به إنسان بعينه كالسير في الطريق وفتح النوافذ عليه والتقاضى واجتياز القناطر وما إلى ذلك، والمراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده كالتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات قولية أو فعلية، والانتفاع به ونحو ذلك.

وهذه الحال هي ما أطلقوا عليها اسم التعسف في استعمال الحق وعن ذلك أصبح عندهم للخطأ الموجب للمسئولية صورتان: الأولى حالة اعتداء تتمثل في الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق المرسومة، وهذه لا خلاف في ثبوت التضمن فيها عن التلف، والثانية حالة أخرى لا خروج فيها عن الحدود المرسومة، ولكن اتسمت مباشرة الفاعل فيها بضرب من المخالفة وعدم الحذر تسبب عنه ضرر الغير، وهي حالة تقديرية تختلف باختلاف الأنظار، وهذه الحال هي ما سميت بالتعسف في استعمال الحق.

وقد حاولوا التمييز بينها وبين حال تجاوز الحق والخروج عليه بأنها حالة لم يتحول فيها الحق عن وضعه باعتباره حقا وإنما الأمر فيها يتعلق بطريقة مباشرته وذلك أمر عارض حين الانتفاع به لا ذاتي فيه؛ ولذا يختلف النظر فيه باختلاف الظروف والملايسات التي تستوجب على مباشرة مراعاتها في طريقة انتفاعه وهي ظروف تختلف باختلاف الأحوال والأزمان والمتفعين، فإذا كان صاحبه قد سلك في انتفاعه السلوك المطلوب منه عرفا في مثل ظرفه فكان حذرا متبصرا، ثم حدث الضرر لم يستوجب ذلك ضمانا عليه، وإلا كان عليه الضمان، وقد يعدون حدوث الضرر أمارة وعلامة على عدم تبصره وحذره ولكن له الخروج عن هذا بما يقدمه من إثبات ينفي إهماله وتقصيره، على أنه قد أضيف إلى ذلك في بعض القوانين كالقانون المدني المصري والمدني السوري^(١) نصوص تستوجب التعويض في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد الفاعل بفعله سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

أما الفقه الإسلامي فإنه فيما يبدو من نصوصه ومسائله وتفريعاته يجعل الفعل الضار سببا من أسباب التعويض إذا كان الضرر المترتب عليه ضررا ماليا متمثلا في تلف مال أو نقصه أو نقص قيمته، ولا يشترط لوجوب التعويض أن يصدر الفعل من فاعله عن إدراك وتمييز كما سبق بيانه؛ لأنه حين أوجب التعويض أناطه بالضرر وإن لم يكن نتيجة انحراف في السلوك أو حادثا عن عمد ودرك في تجاوز ما يجب التزامه بل اكتفى

(١) م ٥ س المدني المصري، ٦ من المدني السوري، ٧ من المدني العراقي، ٥ مدني ليبي.

بحدوث الفعل الضار باعتباره فعلا محظورا؛ نظرا إلى أثره دون تفرقة بين أن يصدر عن قصد أو عن خطأ؛ إذ لا فرق بين العمد والخطأ في الأموال، ثم إنه جعل الضرر نوعين: ضرر يحدث عن الفعل مباشرة دون فاصل بينهما، والفعل في هذه الحال لا يكون إلا محظورا، وضرر لا يحدث عنه مباشرة، وإنما يفصل بينهما ما يؤدي إليه بطريق التسبب، وذلك بأن يكون سببا في حدوثه متصلا به، ولم يشترط أن يكون الفاعل الذي أدى فعله إلى الضرر مباشرة متعديا في فعله هذا بل أوجب الضمان على فاعله، واشترط في الفعل الأول الذي أدى إلى الفعل المباشر أن يكون اعتداء حتى يكون بحيث يصح أن يلزم فاعله بالتعويض وإن كان عديم الأهلية.

وخلاصة الرأي عندهم أن الفعل المباشر إذا كان فعلا ضارا ترتب عليه الضرر ألزم فاعله التعويض مطلقا؛ لأنه فعل محظور أضر بغيره ضررا يجب رفعه شرعا، وهذا هو حكم كل فعل يضر بغير فاعله، ولا يمكن أن يكون الفعل الضار حقا يباشره فاعله وهو حق له، إذ إن قواعد الشريعة تأبى ذلك. أما ما يعد من الأفعال حقا لفاعله فقد يترتب عليه الضرر لعدم التزام فاعله في إحداثه حدوده الشرعية التي رسمها الشارع لتحقيق شرعيته وفي هذه الحال يخرج عن أن يكون حقا ويتمحض اعتداء ويجب التعويض فيما يترتب عليه من ضرر، وقد يترتب الضرر عليه لأمر يتعلق بطريقة مباشرته، والانتفاع به لا لأمر يرجع إلى شرعيته في ذاته، وذلك ما أوجب فيه الفقهاء أن يكون استعمال الحق فيه سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها ودفع المقاصد وتجنبها، سبيلا يقوم فيه النظر إلى المجتمع وإلى الفرد باعتباره جزءا منه - ويرون مع ذلك أن الشارع كما حدد لكل حق حدودا تتوقف على مراعاتها شرعيته حدد له ما يجب أن يراعى في مباشرة الانتفاع به، وجعل تجاوز ذلك ومخالفته في الحالين أمرا محظورا تلزم الفاعل تبعاته على أساس أنه إذا كان في مباشرته لحق من حقوقه ضرر بغيره وجب عليه أن يوازن بين مصلحته المشروعة التي أرادها والمضرة التي تترتب على استعماله له، فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة عنه مع مراعاة أن الخروج عن الحدود التي تتوقف عليها شرعية الفعل غير مقبول في جميع الأحوال ما عدا حال الضرورة، إذ الضرورات تبيح المحظورات من ناحية الإثم فلا يترتب عليها إثمها.

أما من ناحية التعويض فقد اختلف فيه الرأي بين فقهاء الشريعة فاختلفت آراؤهم وتشعبت فكانت ثلاثة آراء:

الرأي الأول - أن مباشرة استعمال الحق لا تقيد بقيد مادام حقا لمن يباشره ولو ترتب عليه ضرر بغيره ولا يؤدي ذلك إلى تضمين. وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعي

وأحمد وداود الظاهري؛ إذ لا يجوز أن يحال بين إنسان وأن يتفجع بحقه، والقاعدة عندهم أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، وهذا ما جاء في كتب ظاهر الرواية.

الرأي الثاني: وجوب تقييد استعمال الحق بألا ينشأ عنه ضرر فاحش بغيره، وذلك بقطع النظر عن النية التي يخفيها المستعمل من قصد الإضرار بغيره أو عدمه، وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من أئمة الحنفية ومالك، وهو رأي متأخر الحنفية، وعليه الفتوى، واستندوا في ذلك إلى قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) وهو عام ولكنه مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من أنواع الضرر كالدخان ينتشر من دار الجار نتيجة طبخ أو خبز ونحو ذلك مما اعتاد الناس احتماله وتقبله؛ لعدم إمكان تحاشيه؛ نتيجة لعدم الاستغناء عنه بالنظر لمطالبات الحياة المعيشية اليومية بين الجيران.

ونقل الكمال ابن الهمام عن الذخيرة في الدار المجاورة أراد صاحبها أن يبنى فيها منورا أو ينشئ فيها رحي للطحن يمنع عن ذلك، إذ بذلك يتضرر جيرانه ضررا فاحشا. وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها، ثم قال: والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل ذو الحق ما بدا له؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن لحق بذلك ضرر بغيره، ولكن ترك القياس في المواضع التي يتعدى فيها الضرر إلى الغير ويكون ضررا فاحشا، وهو ما يراد بالضرر البين في عبارات بعض الفقهاء وقد عرفوه بأنه ما يكون سببا للهدم أو وهن البناء أو يمنع من الحوائج الأصلية، وذلك كسد الضوء، وبهذا أخذ متأخرو الفقهاء، وعليه الفتوى، ونقل عن أحمد أن المالك كما يمنع من أن يتصرف في ملكه بما يضر بغيره ضررا فاحشا يمنع كذلك من كل تصرف قصد منه الإصرار بجاره دون أن يكون له نفع معتبر فيه.

الرأي الثالث: وجوب تقييد استعمال الحق بألا يضر بالغير، ولكنه لا يقيد الضرر بأن يكون فاحشا، وإنما يقوم على الموازنة بين ما يترتب عليه من ضرر الغير وما يجنيه صاحبه من منفعة.

وفى بيان ذلك قال أصحاب هذا الرأي من متأخري الفقهاء: إن ما يترتب على استعمال صاحب الحق لحقه من الضرر بغيره وقد يكون ضررا محقق الوقوع، وقد يكون ضررا يغلب على الظن وقوعه وقد يكون ضررا لا يغلب على الظن وقوعه، ثم هو مع ذلك قد يكون ضررا كثيرا، وقد يكون قليلا، وقد يكون ضررا مقصودا في استعمال صاحب الحق لحقه، وقد يكون غير مقصود لم تتجه إليه إرادة المالك المستعمل لحقه، وأنه ليرى عند تعارض المصالح والمفاسد في هذه الأحوال أنهم يعمدون إلى مراعاة تطبيق القواعد الآتية لترجيح أحد المتعارضين.

- ١ - الضرر يزال.
- ٢ - يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.
- ٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام؛ ولذا يجب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.
- ٤ - دفع المفسد مقدم على جلب المصالح.
- ٥ - الضرورات تبيح المحظورات.

والأمر المتفق عليه عند الفقهاء أن الضرر إذا كان نادر الوقوع أو قليلا تافها لم يترتب عليه تقييد صاحب الحق في استعمال حقه؛ لأنه بلا ريب وما كان له إلا لمصلحة غالبية رعاها الشارع، ولا يضير ذلك أن يكون وراءه في أحوال نادرة ضرر ما بغيره، أو ضرر قليل أيا كان وضعه؛ إذ المصالح دائما مشوبة بالضرر وليس منها ما تمحض نفعا ولم يعتبر في مقرارته وتشريعاته إلا المصالح الغالبة دون النظر إلى ما كان منها نادرا، أو تافها، وعلى ذلك يبقى استعمال المالك حقه باقيا على أصله مشروعاً لا يترتب عليه تعويض.

وكذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يحمل المالك على استعمال حقه إلا قصد الضرر بغيره دون مصلحة له يطلبها من استعماله وجب عليه الكف، وعد معتديا بإقدامه على الإضرار بغيره باستعماله حقه سواء أكان ذلك محقق الوقوع أم مظنون الوقوع؛ لأن الضرر يجب منعه، لحديث (لا ضرر ولا ضرار) ولكن إذا صاحب ذلك القصد طلب منفعة من المستعمل حقه، وكان له مجيد عما أراد سلوكه للإضرار بغيره وجب عليه ألا يسلك هذا المسلك؛ تجنباً للإضرار بغيره، إذ له مندوحة عنه وإلا لم يكن له من غرض في سلوكه إلا الإضرار بغيره وذلك حور فإذا سلكه فأضر غيره كان معتديا، وأما إذا لم يكن له منه بد وكان في حاجة إلى استعمال حقه وفي الإقدام عليه ضرر بغيره فإن كان ذلك الضرر عاما كان مقدما على حقه بناء على قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وإن كان خاصا قدم حقه؛ إذ هو على بينة منه في حين أنه على ظن من ضرر غيره. ومن الفقهاء من يرى في هذه الحال الموازنة بين الضررين: ضرره بترك استعمال حقه وضرر غيره باستعماله، فإذا كان ضرر غيره عظيما وماسا بما هو ضروري له بينما ضرره دون ذلك قدم ضرر غيره على ضرره كالطعام إذا منعه صاحبه لحاجته إليه بحسب العادة بينما يطلبه غيره دفعا للهلاك عن نفسه، وذلك بناء على قاعدة تحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعظم.

ويلاحظ في ذلك أن الفقهاء يجعلون الضرر الذي يغلب على الظن وقوعه في حكم المحقق وقوعه بناء على اعتبار غلبة الظن في الأحكام الشرعية.

وإذا كان جلب المصلحة أو دفع المفسدة غير مصحوب بقصد الإضرار بأحد ولكن يتسبب عنه مع ذلك الضرر بالغير فإن كان عاما قيد حق المستعمل درءا للضرر العام تطبيقا لقاعدة: يتحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام. وذلك إذا كان هذا الضرر العام محقق الوقوع، أو مظنون الوقوع - وإن كان الضرر المتوقع خاصا فإن مصلحة المستعمل حقه تقدم على مصلحة غيره؛ لأن مصلحته في هذه الحال أقوى للتحقق منها، ويرى بعض الفقهاء في هذه الحال أن يوازن بين الضررين فيقدم الأقوى على الأضعف.

وأما إذا كان الضرر المتوقع كثيرا ولا يغلب على الظن وقوعه، وهو ليس بالامر النادر، فقد اختلف النظر، فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى تقديم مصلحة المستعمل حقه، مراعاة لقوته؛ لأن حق المستعمل ثابت ييقن فلا يقوى على دفعه إلا يقين مثله، أو ما غلب فيه الظن، ورجح مالك وأحمد جانب الضرر بالغير لكثرة؛ لأنه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه؛ لأن توقي المضرة مقدم على جلب المصلحة، ويقول الشاطبي في هذا المقام: الشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالخزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة.

وإذا لم يلحق صاحب الحق في منعه عن استعمال حقه ضرر فإن كان مترفها في استعماله دون قصد إلى الإضرار بغيره ودون علم والتفات إليه فإنه - وقد قصد إلى ما يحوز له أن يقصده - يكون له حقه جائزا له استعماله، وإن ترتب على استعماله ضرر بغيره قطعي الوقوع.

أما إذا كان على علم بلزوم الضرر لغيره فعند ذلك يقوم في منعه في استعمال حقه مظنة قصد الضرر بالغير؛ لأنه - وقد أقدم على استعمال حقه لغير داعية قوية ودون أن يلحقه ضرر بالترك - يعد فاعلا لأمر مباح لا يتعلق بفعله نفع ولكن فيه ضرر بغيره وقد يرى عند ذلك أنه لا داعية له إلا قصد الضرر فيمنع.

على هذا الوضع صيغت نظرية التعسف في استعمال الحق ما رآه متأخرو الفقهاء، وكان ذلك معينا لما صدر من القوانين وبخاصة في البلاد العربية.

ومن البيان المتقدم يمكن استعمال المعايير التي يقوم عليها اعتبار استعمال صاحب الحق حقه من قبيل التعسف فيه مع غرض النظر عما في التطبيق من خلاف. وهذه المعايير هي:

(أ) إذا لم يقصد المستعمل لحقه سوى الإضرار بغيره.

(ب) إذا كانت المصلحة التي يتغيها من استعماله حقه تتعارض مع مصلحة عامة، أو مصلحة خاصة تفوقها بحيث ترى مصلحته قليلة الأهمية ولا تتناسب البتة مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها، ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع.

(ج) إذا كانت المصلحة التي يتغيها صاحب الحق من استعمال حقه تؤدي إلى الإضرار بغيره ضررا فاحشا بينا وكان في استطاعته تحقيق مصلحته بطريق آخر لا يؤدي إلى ذلك الضرر.

(د) إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال عظيما محتمل الوقوع وليس بالأمر النادر على ما ذهب إليه مالك وأحمد، أخذ بالأحوط وبسد الذريعة خلافا لأبي حنيفة والشافعي.

(هـ) إذا كان المالك على علم بترتب الضرر الفاحش وكان في استعماله لحقه مترفها لا يلحقه ضرر من تركه وأقدم مع ذلك عليه.

ومما يجب ملاحظته أن ما يحدث من الضرر نتيجة التعسف في استعمال الحق سواء أحدث مباشرة أو تسببا لا يجب فيه الضمان على المتعسف إلا إذا توفرت شروط التضمن السابق بيانها، مثل أن يكون الضرر ضررا ماليا حادًا بالفعل، وأن ما ذكرناه آنفا من الأسس والقواعد إنما يراد به أن نبين متى يكون استعمال الحق تعسفا واعتداء، حتى يصلح سببا للتضمن، ومتى لا يكون كذلك، فلا يكون غير صالح لذلك كما إذا لم يتجاوز المستعمل حدود الاستعمال الواجبة المراعاة، ومن ذلك ما ذكره من إرسال البهائم للرعى نهارا فإن مرسلها لا يضمن ما تتلفه من الزرع إذ لم يخرج في إرسالها عما يطلب منه عادة، وقد كان على أصحاب الزرع حفظه، وكذلك إذا أوقد نارا في ملكه على الاقتضاء المعتاد فطار منها شرر فأتلف بالإحراق متاعا لجاره. ومثله ما إذا سقى أرضه على الاقتضاء المعتاد في مثله فسرى الماء إلى أرض جاره فأفسد زرعها فلا ضمان في هذه الصور وأمثالها لعدم التعدي وعدم مجاوزة الحدود في الاستعمال^(١).

(١) راجع هذا الموضوع الدر المختار ج ٥ ص ٣٧٠. رد المحتار ج ٤ ص ٥٥٩ ص ٥٦٠ تبين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٢٢٥ الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٣، ١٩٤، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦. الأم ج ٣ ص ٢٢٢. الدر المتقى ج ٢ ص ١٥٣. المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤١ مسألة ١٣٥٦، ١٣٥٧.

السبب الرابع: يد الضمان

ليست اليد سببا للضمان في جميع الأحوال. فإنها قد تكون يد أمانة وقد تكون يد ضمان. فإذا كانت يد أمانة لم يجب على صاحبها الضمان عند التلف أو ما في معناه. وإذا كانت يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصه، ولذا يجب التعريف باليدين.

يد الأمانة ويد الضمان:

تتمثل اليد على المال في حيازته فإذا حاز إنسان مالا كان تحت يده أو في يده، وإذا كان في يده فقد يكون عن ولاية شرعية، وذلك ما يعنى إقرار وجوده تحتها في هذا الحال من الشارع، وقد يكون اعتداء.

وإذا كان بإقرار من الشارع فقد تكون اليد عليه حيث يد أمانة، وقد تكون يد ضمان، فإن من الأيدي ما يكون عن ولاية شرعية ومع ذلك يضمن صاحبها عند تلف ما تحت يده من المال وذلك كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري. فإنه إذا هلك في يده قبل أن يسلمه إلى مشتريه هلك عليه من ماله إذا لم يكن هلاكه بتعد من مشتريه ويظل بهلاكه البيع. أما إذا هلك بتعد منه اعتبر بذلك التعدى متسلما له، ومضى البيع، وإذا بطل البيع وكان هلاكه بأفة سماوية، أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه وجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه، أما إذا كان هلاكه بفعل أجنبي خير المشتري بين أن يفسخ البيع ويسترد الثمن إن كان قد أداه وبين أن يمضى البيع ويرجع على الأجنبي بقيمته وقت تعديده لإقدامه على إتلافه ملكه.

ويد المستعير على العارية يد تستند إلى ولاية شرعية؛ لأنها أثر ومقتضى لعقد الإعارة ومع ذلك تعدد ضمان عند الشافعية والحنابلة خلافا للحنفية، فإذا تلفت العارية بأفة سماوية ضمنها المستعير للمعير وألزم بأداء قيمتها يوم تلفها؛ لأنه يوم فواتها إن كانت قيمة، وإن كانت مثلية فكذلك الحكم عند الشافعية وضمنها بمثلها عند الحنفية.

وقد لا يكون عن ولاية بل يكون وضعها على المال اعتداء كيد الغاصب ومن وضع يده على مال غيره بغير رضاه وبغير إذن من الشارع؛ وفي هذه الحال تكون يد ضمان.

ولقد رأى بعض الفقهاء من الحنابلة أن يعرف يد الأمانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة، أما إذا كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد

المستعير ويد البائع على المبيع إذا حبسه لاستيفاء ثمنه ويد المشتري على ظرف المبيع إذا تسلمه مع المبيع فإنها تكون في مثل هذه الأحوال يد ضمان^(١). غير أن ذلك قد يرى غير سليم إذا ما لاحظنا أن يد البائع على المبيع قد لا تكون في مصلحته خاصة كما إذا ظل المبيع في يده بعد أداء الثمن، وقبل أن يطلبه مشتريه أى إذا لم يكن حبسه لوفاء ثمنه، وعلى هذا فإنه إذا قبل في التعريف بها أن يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها وما عداها يد ضمان كان تعريفا سليما من النقد.

ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل بالقبض ويد الشريك ويد المضارب ويد قابض المال لحفظه لصاحبه ويد الملتقط إذا التقط عازما على تعريف اللقطة، أما إذا أخذها لتكون له فإنها تكون يد ضمان حكمها حكم يد الغاصب لمخالفته أمر الشارع^(٢) ويد المستأجر وكذلك يد المرتهن على الرهن عند الشافعية والحنابلة، أما عند الحنفية فهي يد أمانة على مالا يقابل الدين من الرهن ويد ضمان على ما قابل الدين منه.

وذهب شريح والنخعي والحسن إلى أنها يد ضمان مطلقا فإذا تلف الرهن تلف على المرتهن.

ومن تعد يده يد أمانة من وقع في حجره مال أو سقط في داره ثوب أو حيوان مثلا، ومن أخذ مالا ظانا أنه ماله فهؤلاء في أمثالهم يعدون من الأمناء، لأن الشارع اعتبرهم كذلك ما لم يحدث منهم ما يعد اعتداء وهذه صور الأمانة الشرعية^(٣)، ويرى الحنفية أن من أخذ مال إنسان على ظن أنه ماله يعد ضامنا له ويده عندئذ يد ضمان، لأنها وضعت على مال غير مملوك لصاحبها بدون إذن مالكة فإذا تلف المال في يد بلا صنع أحد ثم ظهر المالك ضمن له قيمته، ويكفي في هذا بيان يد الأمانة إذ إنه خارج عن موضوع دراستنا.

يد الضمان: أما يد الضمان فهي ما عدا ما أشرنا إليه آنفا من الأيدي.

و ضمان صاحبها لما يتلف تحتها من الأموال يرجع إلى سبب من الأسباب الآتية:

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٦ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤١، ص ٣٠٥.

(٢) ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٨.

(٣) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٣.

الأول: الاعتداء الذي يتمثل في وضع يد على مال لغير صاحبها فيحول بين مالكة وبينه، أو يمنعه من الانتفاع به على الوضع الذي يريده، وذلك بإزالة يده عن ماله، أو منعه عن حقه؛ ولذا كان وضع اليد على مال الغير بولاية شرعية سواء أكانت تلك الولاية نتيجة إذن من مالكة كما في يد الوديع أم نتيجة إذن من الشارع كما في يد الملتقط على اللقطة إذا التقطها بنية ردها إلى صاحبها بعد اتخاذ الوسائل لمعرفة من التعريف بها، وما يشبهه لا يعد اعتداء ولا يترتب عليه ضمانه إذا تلف تحتها. أما عند الاعتداء كما في يد الغاصب، أو وضع إنسان يده على مال غيره بدون ولاية وإن لم يكن غاصبا فإن صاحبها يلزم حينئذ بضمان ما تحتها إذا تلف بأى سبب كان.

ويتناول هذا كل يد حلت محل يد معتدية بدون ولاية شرعية، لأنها في هذه الحال تعد استمرارا للاعتداء، وإن كان القائم به شخصا آخر وذلك كيد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد المستودع منه وهو الوديع ويد المستعير منه ويد المرتهن منه ويد المضارب له وهكذا فإن يد جميع هؤلاء تعد استمرارا لتلك اليد المعتدية الأولى بالنظر إلى اعتدائها فيضمن صاحبها من مشتر ومستأجر ونحوه ما يتلف تحت يده، أما إذا حلت محلها بولاية شرعية فلا تعد يد ضمان ولا يضمن صاحبها بتلف ما استولت عليه من مال، وذلك كيد الحاكم الذي يتزعزع المال المغصوب من غاصبه قهرا عنه ليرده إلى مالكة، ويد من قام بذلك تبرعا في نظر بعض الفقهاء خلافا لمن رآها مع ذلك يد ضمان، لعدم استنادها فيما يرى إلا ولاية على حين يراها الآخرون مستندة إلى إذن من الشارع.

والضمان في هذه الأحوال ضمان اعتداء وقد يوصف بأنه ضمان يد. وسنعرض لذلك عند الكلام في أحكام الأيدي المتفرعة عن أيدي الضمان.

الثاني: حكم الشارع بضمان صاحبها وإن وضعت على المال بإذن من صاحبها كيد المستعير عند الحنابلة والشافعية خلافا للحنفية وضمان المرتهن عند الحنفية، ويتناول هذا ضمان الأموال التي توضع الأيدي عليها نتيجة لعقد من العقود كما في ضمان البائع المبيع بحبسه تحت يده إلى أن يؤدي إليه الثمن بعد تمام البيع، وضمان المشتري المبيع في يده عند اشتراط الخيار في رأى كثير من الفقهاء. وسيأتى تفصيل ذلك عند كلامنا على ضمان العقد.

الثالث: وضع اليد على أساس التملك والضمان، ليكون وسيلة وطريقة إلى التملك كما في يد القابض على سوم الشراء اتفاقا، ويد القابض على سوم النظر عند

غير الحنفية، لأنه - وقد وضع يده على أساس الضمان والتملك - يقتضى التغيرير به إذا ألزم بالضمان عند التلف، إذ إنه يبتعد به عن غرضه ولو ألزم به الملك لكان فى ذلك تغرير به وإضرار، وذلك ما كان محلا لاختلاف النظر بدليل الاختلاف فى حكمه.

الرابع: وضع اليد على مال الغير بإذن من صاحبه لمصلحة اليد خاصة، فإذا كانت المصلحة مشتركة كانت العبرة بأرجحهما فإن كانت مصلحة المالك أرجح كانت يد أمانة، وإلا كانت يد ضمان، ذهب إلى هذا الحنابلة وفرعوا على هذا الأصل ضمان المستعير وعدم ضمان الوديع.

وعلى هذا كانت يد الضمان كل يد لا تستند إلى إذن شرعى سواء أكان من المالك أم من الشارع، وكذلك كل يد تستند إلى إذن شرعى ودل الدليل على تضمين صاحبها. وكل يد ترتبت على يد معتدية دون أن تستند إلى إذن من المالك، أو إذن من الشارع، أو استندت إلى ذلك، ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة عند الشافعية والحنابلة، أو دل دليل شرعى على تضمينه وكانت لذلك يد غاصب الغاصب، ويد المساقى للغاصب، والمشتري من الغاصب، والمستأجر منه يد ضمان وإن لم يعلموا بالغصب.

ويتحقق الاعتداء بوضع اليد على مال الغير إذا كان بغير ضرورة، أما إذا كان لضرورة ولم يسارع واضع اليد إلى رد المال لصاحبه فإنه يصير لعدم مسارعة معتدبا ويتحقق ذلك فى حيوان دخل دار إنسان من تلقاء نفسه فلم يردده مالك الدار إلى صاحبه مع معرفته به، وفى مال تحت يد إنسان لسبب استوجب ذلك كالإجارة والاستعارة ونحوها ثم انتهى السبب ووجب لذلك رد المال إلى صاحبه، وفى هذه الحال إذا كان الرد ومثولته واجبين شرعا على صاحب اليد كان إهماله الرد بعدم سعيه إليه مستوجبا لضمانه إذا كان ذلك بغير عذر، وإن كان الرد واجبا على مالك المال لم يكن إغفاله من واضع اليد مستوجبا لضمانه، وعلى أساس ذلك يحكم بعدم ضمان المستأجر بعد انتهاء الإجارة إذا لم يسارع إلى تسليم العين المستأجرة؛ لأن استردادها على مالكها المؤجر وبضمان المستعير عند الحنفية إذا لم يبادر برد العارية بعد انتهاء الإعارة بغير عذر.

حكم يد الأمانة وحكم يد الضمان:

لا ضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر فى حفظها، أو تعدى عليها، ومن أجل ذلك ضمن الوديع إذا أخبر اللص بمكان الوديعة فسرقها منه، لتعديده بذلك.

ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على ما لا يعاب عليه فلا ضمان عليه عند التلف وإن كانت على ما يغاب عليه فهو ضامن له إذا تلف إلا أن يقيم البينة على تلفه أو ضياعه بغير صنعه، وذلك هو الحكم عندهم في العواري، وفي أيدي الصناع، وفي المبيعات مع الخيار عند التلف في يد المشتري ونفقة المحضن إذا تلفت في يد الحاضنة والصدّاق إذا دفع للزوجة وحدث فسخ أو طلاق قبل الدخول، وما بيد الورثة إذا طرأ دين، أو ظهر وارث آخر، ويد المشتري من الغاصب عند جهله بالغصب والسلعة المحبوسة لأداء الثمن، وخرجت من هذا الحكم يد المستأجر على العين المستأجرة، إذ لا ضمان عليه عند أداء التلف سواء أكانت مما يغاب عليه أم لا، غير أنه يحلف إذا كان متهماً، وعندئذ يقبل قوله دون مطالبة بالبينة^(١).

أما يد الضمان فالحكم تضمين صاحبها عند تلف المال تحتها سواء أكان تلفه باعتداء عليه من واضع اليد، أم من أجنبي، أم كان بسبب لا يد لصاحب اليد فيه كالسبب السماوي مثل الموت والنار الغالبة ونحو ذلك. غير أنه إذا كان التلف من أجنبي استقر ضمان المال التالف عليه وإن كان من المالك كان ضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعة.

غير أن المالكية ذهبوا إلى أن وضع اليد على المال إذا كان المقصود منه منفعة للانتفاع بها فقط لم يكن وضع اليد عندئذ على ذات المال اعتداء عليه، وبنوا على ذلك أنه إذا تلف المال بما لا يد لواضع اليد فيه لم يلزم بشيء سوى أجر الانتفاع إن انتفع كما سيأتي الكلام على الغصب، وبناء على ذلك لا تصير اليد يد ضمان بالنظر إلى ذات المال في هذه الحال عند المالكية خلافاً لغيرهم، وذلك ما يدل على أن يد الضمان هي التي توضع على المال عينا، أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه، فهي يد ضمان للذات إن قصد بها الاستيلاء على الذات وضمان للمنفعة إن قصد بها الانتفاع فقط.

وكما يلزم صاحب يد الضمان بضمان المال كله عند تلفه يلزم بضمان بعضه عند تلف بعضه كما يلزم بنقص قيمته عند حدوث ذلك بسبب تعيينه أو تغييره، أو حدوث ما ترتب على ذلك من نقص في قيمته مع ملاحظة أن نقص القيمة نتيجة تغيير الأسعار لا يسأل عنه صاحب اليد، إذ لا صلة باعتدائه ولم يكن نتيجة نقص في المال، وإنما نتيجة لانصراف رغبات الناس عنه.

(١) حاشية الدسوقي على الدردير ج ٣ ص ٢٥٥، ج ٤ ص ٣٤.

وذهب المالكية إلى أن تغير السعر بنقصه غير معتبر في الغصب فلا ضمان إذا نقصت به قيمة العين المغصوبة في يد غاصبها ولكنه معتبر في الاعتداء فيضمن المعتدي ما نقصته العين المستولى عليها، اعتداء بسبب نقص سعرها^(١).

وأظهر ما تتمثل فيه يد الضمان يد الغاصب وما تفضى إليه من الأيدي وإن لم يعلم صاحبها بالغصب، ولذا تبدأ ببيان الغصب وبم يتحقق.

الغصب

الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه في المال^(٢). فلا يتحقق عندهما إلا بتحقيق عناصره الأربعة وهي:

- ١ - إزالة يد المالك ورفعها.
- ٢ - وأن تكون عن مال مملوك له متقوم.
- ٣ - وأن يكون ذلك عن مجاهرة ومغالبة.
- ٤ - وأن يحدث ذلك بفعل يصدر من الغاصب.

وعلى ذلك إذا لم يكن ليد المالك وجود قبل يد المعتدي فلا يعد استيلاؤه عليه غصبا كما في زوائد المغصوب تحدث عند الغاصب فوجودها في يد الغاصب لا يعد غصبا لعدم سبق يد عليها للمالكها، وإذا أزيلت عما لا يعد مالا كالمنافع فلا يعد الانتفاع بها تعديا غصبا. كما لا تعد حيازة مال غير متقوم غصبا كما في الاستيلاء من مسلم على خمر لمسلم.

ومن الفقهاء من زاد في شروط المال أن يكون محترما فلا يعد الاستيلاء على مال الحربى في دار الحرب غصبا، وأن يكون منقولا فلا غصب في العقار^(٣). وإذا كان الاستيلاء خفية أو عن حياء من صاحب المال لا يعد كذلك غصبا وإذا حدث هذا بغير فعل من المستولى لم يكن غصبا كما في حيوان دخل دار إنسان واستقر فيها.

ويرى محمد - رحمه الله - أن الغصب يتحقق بالعناصر الثلاثة الأوائل فهو تفويت يد المالك عن ذلك المال عن مجاهرة ولا يتوقف وجوده على فعل من الغاصب.

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧.

(٣) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢.

ويرى الشافعي وأحمد أن الغضب هو الاستيلاء على حق الغير بغير حق، فيتحقق في المنافع، وفي أحوال الاختصاص التي لا ملك فيها، ولا يتوقف تحققه على إزالة يد المالك كانت متحققة قبله، فاستيلاء الغاصب على زوائد المغصوب التي نتجت منه تحت يده غضب.

ويرى مالك أن الغضب هو الاستيلاء قهرا على عين ماله لغيره بلا حراية، ولذا لا يسرى في منع المنافع عن صاحبها بالاستيلاء على العين غضبا، وإنما يسرى ذلك اعتداء أو تعديا^(١)، فهم يرون أن الغضب جناية على الذات المستولى عليها جميعها وذلك بالاستيلاء عليها قصدا إلى أخذها، أما الاعتداء فهو - كما يقول العدوي على الحرشي - الأخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لا الذات، ويقول آخرون - الجناية على بعض السلعة في أكثر أحواله كمزق الثوب وكسر الآنية بخلاف الغضب فإنه جناية على السلعة كلها، وعلى هذا الرأي يكون التعدي بكل فعل ضار لا يصيب الشيء جميعه، وإنما يصيب بعضه أو منافعه بقطع طرف من أطراف الدابة أو إتلاف عين في يد مالكها دون استيلاء عليها.

ويفرقون بينهما في الحكم بأن الفساد اليسير من الغاصب يجعل للمالك أن يضمن الغاصب قيمة ما غضبه إن شاء أو قيمة نفسه، أما في المعتدى فلا يستوجب إلا إلزامه بأرش النقص الحاصل به، وبأن المعتدى لا يضمن ما تلف تحت يده بسبب سماوى بخلاف الغاصب، وبأن المعتدى يضمن غلة من عطل بخلاف الغاصب كما سيأتي.

ووجهة أبي حنيفة في اشتراطه إزالة يد المالك في تحقق الغضب أن الغضب يستوجب تضمين الغاصب، وذلك يكون بإلزامه بأداء الضمان إلى المغصوب وإزالة يده عنه، وذلك يقتضي بناء على تحقق معنى الجزاء والمساواة بين الجرم وجزائه التي يوجبها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ (١٩٤) [البقرة] أن يكون الغضب بإزالة يد المالك عن المغصوب كما كان التضمين الذي هو جزاؤه بإزالة يد الضامن عن الضمان، وبذلك يتحقق بفوات ما يؤديه من الضمان عليه كما فات على المغصوب منه ما أخذ منه بالغضب؛ ولذا لا يضمن الغاصب دابة تبعت دابة أخرى غضبها كولدها مثلا إذا تلفت وهي تابعة، كما لا يضمن شخص حبس مالكا

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢، وكشاف القناع ج ٢، والحرشي ج ٦ ص

عن مواشيه حتى ضاعت أو هلكت جوعاً، وكما لا يضمن شخص بالجلوس على بساط لآخر؛ لأن الجلوس عليه ليس فعلاً زالت به يد المالك عنه، فإذا أصاب البساط تلف عند ذلك لم يضمنه - ففي هذه الأحوال وأمثالها لم تزل يد المالك عن ملكه؛ ولذا كان ضمانه على مالكة، فالدابة لا تزول يد المالك عليها والبساط لم يزل في مكانه حيث وضعه مالكة.

وبناء على هذا الخلاف في بيان حقيقة الغصب كان خلاف الفقهاء على العموم في غصب منافع الأعيان وغصب زوائد الأعيان المغصوبة.

أما المنافع فلا يتحقق فيها الغصب عند الحنفية بغصب أصلها؛ لأنها ليست بأموال عندهم، والغصب لا يكون إلا في مال متقوم؛ ولذا لا تصير مضمونة على من استولى عليها باستيلائه على مصدرها، ولا يطالب بعرض انتفاعه بها، وقد استثنوا من ذلك منفعة مال اليتيم ومنفعة الوقف والمعد للاستغلال على ما سبق بيانه.

وكذلك لا يتحقق فيها عند المالكية؛ لأنها أعراض والغصب عندهم لا يتحقق إلا في الذوات؛ ولذا يسمون الاستيلاء عليها قصداً عند الاستيلاء على أصلها لهذا الغرض تعدياً أو اعتداءً، وهو موجب للضمان عندهم فيضمنها عند ذلك من يعتدى عليها انتفع أم لا - أما عند غصب الذات فلا تضمن إلا بالانتفاع أو بالإكراه؛ لتحقيق الاعتداء عليها بذلك، وليس للغاصب عندهم حق في غلة المغصوب إذا كان مما يحتاج إلى نفقة؛ إذ تكون نفقته في غلته فإذا زادت عن نفقته فالزيادة للمالك وإن نقصت فليس للغاصب أن يرجع على المالك بالفرق كما أنه لا رجوع له عليه بما يتفقه على المغصوب إذا لم تكن له غلة^(١).

ويتحقق فيها الغصب عند الشافعية والحنابلة، لأنها أموال عندهم وهو يتحقق في كل مال؛ ولذا كانت مضمونة عندهم بالاستيلاء على مصدرها، إذ يعدون ذلك غصباً لها، كانت مضمونة على غاصب العين مدة غصبه.

وأما زوائد الأعيان المغصوبة التي تحدث تحت يد الغاصب فهي نوعان: منفصلة كالولد واللبن والثمرة ونحو ذلك، ومتصلة كالسمن والجمال - ويقول صاحب المبسوط: إنها لا تعد بنوعها مغصوبة بغصب أصلها عندنا إذا حدثت في يد الغاصب؛ إذ لم يكن للمالكها يد عليها قبل يد الغاصب زالت بحدوث يد الغاصب عليها، وذلك شرط في

(١) الخرشي ج ٦ ص ١٦.

تحقيق الغصب عندنا، ولذا كانت بنوعها أمانة في يد الغاصب فلا تكون مضمونة عليه، ولا يعد مجرد وضع اليد على المال اعتداء عليه حتى يكون وضع يد الغاصب لأصولها عليها اعتداء يستوجب ضمانه وإن كان من غير قصد إلى تملك أو انتفاع أو حيلولة بين المال وصاحبه.

ألا يرى أنه لا ضمان لثوب أطارته الريح فوق في حجر إنسان، ولا في حيوان دخل دار إنسان من تلقاء نفسه، وإنما يكون الاعتداء بتفويت ما كان للمالك من يد وقدرة على التصرف قصداً، وذلك يمنعه عن ماله والحيلولة قصداً بينه وبينه، وذلك ما لم يقع ولم يتحقق، فقد يتصرف المالك عندئذ دون ممانعة أو معارضة تحدث من ذى اليد. وذلك ما دام لم يمسكها قصداً إلى حيازتها لنفسه، أما إذا أمسكها قصداً إلى حفظها حتى يتبين صاحبها فهو أمين عليها.

وبناء على ذلك كانت زيادة المغصوب بنوعها في يد الغاصب أمانة عند الحنفية لا تضمن إلا بالتعدى أو بالتقصير في حفظها.

ومن التعدى منعها عن مالكها عند طلبه، غير أنه إذا كان الطلب خاصاً بالمتصلة ففي اعتبار المنع عندئذ تعدياً روايتان: أولاً أنه يعد تعدياً، وثانيتهما: أن امتناع الغاصب في هذه الحال لا يعد تعدياً؛ لعدم تمكنه من التسليم بسبب اتصالها بأصلها وامتناع تسليمها إلا مع أصلها فلا تتحقق المطالبة بها منفردة عن الأصل، ولا اعتبار بالمنع عند ذلك، ولا نظر إليه في حق الأصل؛ لأنه مضمون من قبل بدئه فلا ينظر إليه كذلك في حق المنع، فلهذا تضمن بالمنع بعد الطلب الزيادة المتصلة لذلك على هذه الرواية بخلاف الزيادة المنفصلة؛ لاستقلالها وانفصالها عن الأصل، وبناء على ذلك لو غصب إنسان دابة فسمت وزادت قيمتها عن قيمتها وقت غصبها ثم تلفت الدابة في يده لم يضمن إلا قيمتها وقت غصبها دون قيمة زيادتها؛ لأنها أمانة، وإذا طلبها مالكها ثم منعها الغاصب، ثم تلفت كان في ضمانه قيمتها وقت تلفها روايتان على ما بينا: إحداهما لا يضمن إلا قيمتها وقت غصبها. والآخرى يضمن قيمتها مع قيمة الزيادة^(١).

وفي البدائع^(٢) ما يدل على أن زوائد المغصوب مطلقاً مضمونة عند محمد لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وقد وجد فيها بعد بعد أصلها، ولا شك أن هذا يخالف ما جاء في المبسوط وما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي؛ إذ جاء

(١) المبسوط ج ١١ ص ٥٤ وما بعدهما.

(٢) ج ٦ ص ١٤٣ والزيلعي ج ٥ ص ٢٢٢.

فيه ما نصه: ولا يضمن الغاصب زوائد الغصب عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها، فهل يروى عن محمد فيها روايتان؟.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى تحقق الغصب فيها بنوعيتها وضمانها بضمان أصلها؛ لثبوت يد الغاصب عليها وهي ملك لغيره بدون حق وتبعيتها لأصلها.

وجملة القول أن الزوائد المنفصلة كالولد والثمر تعد ملكا للمالك العين وأمانة لدى صاحب اليد فلا تضمن إلا بالتعدي، أو التقصير أو منعها عند طلب مالكها، أما الأكساب كالأجرة فهي ملك لصاحب اليد بسبب ضمانه؛ لحديث الخراج بالضمان؛ ولذا لا تضمن كما لا تضمن المنافع التي هي بدل عنها وذلك ما يذهب إليه الحنفية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة تدخل في ضمان ذي اليد لا فرق بين الولد والأكساب فيضمنها إذا تلفت في يده بتعديه بوضع يده عليها بدون حق.

وبناء على ما تقدم إذا باع الغاصب المغصوب وتسلمه المشتري بزيادته وكانت منفصلة كالولد كان ضامنا للولد بتسليمه إلى أجنبي هو المشتري، لتعديه عليه بذلك، مثله مثل الوديع ببيع الوديعة. أما وجه التعدي فلأن المالك كان متمكنا من أخذ الولد من غاصبه، وقد زال ذلك بسبب بيعه وتسليمه إلى مشتريه فقوته على مالكه، وفي ذلك يقول صاحب البدائع أنه لا خلاف بين أصحابنا في ذلك^(١).

وعلى ذلك إذا تلفت العين وولدها عند المشتري بعد التسلم كان للمالك أن يضمن الغاصب قيمة العين عند غصبها ويرجع على المشتري بقيمة الولد عند تسليمه إليه، أو يضمنه هاتين القيمتين وما يكون من فرق بين قيمتي العين عند غصبها وعند تسليمها إذا لم يكن نتيجة ارتفاع في الأسعار. كما له أن يرجع بالقيمتين قيمة العين وقيمة ولدها على المشتري وقت تعديه وذلك وقت تسلمه إياهما ولا خلاف في ذلك بين أئمتنا كما يقول صاحب البدائع: ذلك الحكم في المنفصلة.

أما المتصلة كما في غصب شاة قيمتها عند غصبها عشرة جنيهاً، ثم نمت فبلغت قيمتها خمسة عشر جنيهاً، ثم باعها على هذا فسلمها إلى مشتريها، ثم تلفت عنده، فقد ذكر السرخسي في المبسوط أن لصاحبها الخيار أن شاء ضمن المشتري قيمتها يوم تسلمها وهي خمسة عشر جنيهاً، وإن شاء ضمن الغاصب البائع

قيمتها وقت الغصب عشرة جنيهات أو قيمتها وقت البيع والتسلم خمسة عشر جنيها «ولم يشر محمد إلى خلاف في الأصل».

أما تضمين المشتري فلأنه متعدد بقبضها لنفسه عن طريق التملك وفي هذا تفويت يد المالك حكما فقد كان متمكنا من استردادها وزال بقبضه لنفسه على سبيل التملك فيضمن قيمتها وقت قبضه وهو خمسة عشر جنيها بمنزلة ما لو غصبها من غاصبها الأول غاصب بعد الزيادة فإن المالكها أن يضمه قيمتها وقت غصبه، وأما تضمين الغاصب فقد جاء في الأصل كما ذكرنا أنه يضم قيمة الشاة وقت غصبها أو قيمتها وقت تسليمها بعد بيعها بلا ذكر خلاف، ولكن روى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه لا يضم قيمتها وقت تسليمها بعد البيع وإنما يضم قيمتها وقت الغصب، أما وجه ما جاء في الأصل من التخيير في تضمين الغاصب القيمة عند الغصب أو القيمة عند البيع والتسليم فمرده إلى أن تضمينه القيمة وقت الغصب إنما هو مبنى على تعديه بالغصب وأن تضمينه القيمة وقت البيع والتسليم فهو مبنى على تعديه ببيع وتسليم ما ليس له فكان للمالك أن يضمه بأى السببين شاء كما لو قتلها الغاصب بعد الغصب والزيادة فإن للمالك التضمين بأى القيمتين شاء قيمتها وقت الغصب وقيمتها وقت القتل.

وأما وجه ما رواه الحسن عن أبي حنيفة فهو أن التضمين بالبيع والتسليم إذا وقع ليس إلا تضمين غصب، والغصب لا يتحقق في المغصوب فعلا؛ لأن الغصب لا يتحقق إلا بتفويت يد المالك عن العين المغصوبة واليد إذا فانت لا تفوت مرة أخرى بعد فواتها، وعلى ذلك لا يكون للتضمين في هذه الحال سبب إلا الغصب السابق وهو إنما يقتضى التضمين بالقيمة في وقته وإنما قلنا أن التضمين بالبيع والتسليم ضمان غصب؛ لأن العين لا تزال على ملك مالكةا فكان بيعها وتسليمها اعتداء على ملكه ولا يكون عندئذ إلا غصبا، ولا يعد البيع والتسليم غصبا آخر بالنسبة إلى الزيادة؛ إذ لا يتصور أفرادها بالغصب بعد غصب أصلها حتى تصير مضمونة بغصبها بالبيع والتسليم. بخلاف المنفصلة لاستقلالها وانفصالها فأمكن غصبها استقلالاً بعد غصب أصلها - ولأن المتصلة بسبب اتصالها كانت تابعة لأصلها وقد صار ملكا للغاصب بالضمان بعد التلف ملكا مستندا إلى وقت الغصب فكانت ملكا له أيضا وكان البيع والتسليم تصرفا في ملكه لا يستوجب ضمنا^(١).

وجاء في تحفة الفقهاء^(١): أن للمالك أن يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب فقط وليس له أن يضمنه قيمة الزيادة المتصلة يوم البيع والتسليم وله أن يضمن المشتري قيمة المغصوب مع زوائده المتصلة يوم البيع والتسليم، وذلك ما يتفق مع ما رواه الحسن عن أبي حنيفة، وهو ما ذكرناه آنفاً، وبناء على ذلك يبين أنهم لم يذكروا في تضمين المشتري إلا قولاً واحداً هو تضمينه قيمة ما قبضه عند قبضه - الأصل مع الزوائد المتصلة - وأما البائع فالموجود في المبسوط أن للمالك أن يضمنه إحدى القيمتين إما القيمة عند غصبه، وإما القيمة عند تسليمه وهي قيمة المجموع، ثم ذكر أن القول الأول وهو ظاهر الرواية وهو قول الصحاحين، وأن الثاني قول أبي حنيفة كما نقله الحسن وذلك أيضاً ما جاء في تحفة الفقهاء.

أقول: ذلك يبين بالنسبة إلى العين كما هو واضح في الاستدلال، أما بالنسبة إلى الزيادة فذلك محل تساؤل؛ إذ من المقبول أن يضمنها البائع أيضاً ضمان اعتداء على أمانة كانت في يده فسلمها لغير مالِكها على جهة التملك وذلك تعد على مال الغير بالبيع والتسليم وهو موجب للتضمنين، وإن لم يعد غصباً فإذا تلفت مع أصلها ضمنها.

وقد ذكر ذلك الحاكم الشهيد في المتقى وحكى الخلاف كما ذكره الطحاوي في مختصره، وذلك خلاف ما ذهب إليه الصحاحين؛ إذ رأيا تضمين البائع قيمة الأصل وقيمة الزيادة بناء على أن البيع والتسليم غصب لها؛ لأن ذلك يعد تفويتاً بالنظر إلى المالك فقد كان في استطاعته وإمكانه أن يسترد ما غصب منه بزيادته قبل بيعه وتسليمه وليس له ذلك بعد التسلم فزالت مكتته، وذلك تفويت ليد معجزه بسبب ذلك عن أن يتنفع بماله، فكان تعدياً موجبا للتضمنين، ولهذا وجب الضمان على غاصب ووديع الغاصب والمشتري من الغاصب.

* * *

وعلى قول الشافعي وأحمد وبيانهما لحقيقة الغصب كان أخذ المال من آخر بطريق الحياء - له حكم الغصب عندهما فلا يملك بذلك الأخذ لانعدام الرضا وكذلك الحكم

عند أبي حنيفة إذا كان معطى المال في درجة المكره - ولو ركب دابة غيره، بدون إذن صاحبها، أو جلس على بساط بدون إذن مالكة فهو غاصب عندهما، وإن لم ينقله من مكانه لتحقيق الاستيلاء بالانتفاع بالجلوس عليه فعد بذلك متعدياً وإن لم يقصد الاستيلاء خلافاً لأبي حنيفة، لأن البسط فعل للمالكه لم يزل أثره بالجلوس عليه فتبقى يده ما بقى أثر فعله - غير أن بعض الشافعية ذكر أن الاستيلاء على المنقول لا يتحقق في أكثر صورته إلا بنقله أو بمنع صاحبه من أن ينتفع به أو من التسلط عليه.

ولو جلس على فراش، ثم انتقل عنه فجلس عليه آخر، فكلاهما غاصب عند الشافعية، إذ لا يزول الغصب الأول بالانتقال فإن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك ولو تلف البساط فإن كان تلفه في يد الثاني فهو الضامن وحده وإن تلف بعد أن انتقل عنه أيضاً فالضمان عليهما^(١).

ولو دخل دار غيره فأزعجه أو أخرجه منها فغاصب، وإن لم يدخلها خلافاً لأبي حنيفة وعلى الجملة فالمناط عندهما لتحقيق الاستيلاء عرفاً.

ما يصح غصبه من المنافع:

وما يغصب من المنافع عند القائلين بغصبها هو ما يصح استجاره لا ما لا يجوز فيه الإجارة؛ ولذا يتحقق في منافع الحر وذلك باستخدامه واستعماله قهراً عنه أو بحبسه ومنعه عن العمل، أما منعه من العمل من غير حبس فلا يعد غصباً موجباً للضمان لعدم تحقق الاستيلاء^(٢).

القول في غصب العقار:

ومن نتائج خلافهم فيما يتحقق به الغصب خلافهم في غصب العقار، فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الغصب لا يتحقق في العقار لأنه لا يكون إلا فيما ينقل، وذهب محمد وزفر وبقية المذاهب المتقدمة إلى تحقق الغصب في العقار؛ ذلك لأن

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٣.

(٢) راجع تبين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٢١ وبدائع الكاساني ج ٧ والبداية ج ٢ لابن رشد، نهاية المحتاج ج ٦ للرملي والشرح الكبير وكشاف القناع ج ٢ في أول كتاب الغصب.

الغصب يتحقق بأمرين: إثبات اليد المعتدية وإزالة اليد المحقة، وذلك ما يتحقق في العقار، إذ إن اليد ليست إلا عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد إنما يتمثل في عدم القدرة على التصرف، وذلك ما يكون عند وضع الغاصب يده على العقار، ومن ضرورة ذلك انتفاء يد المالك وذلك ما يقتضى تضمين الغاصب كما يضمن في المنقول بذلك، وهذا ما يقرره الحديث: «من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين».

ولأبى حنيفة أن الغصب تصرف في المغصوب بإثبات يد الغاصب عليه، وإزالة يد المالك ولا يكون ذلك إلا بالنقل. والعقار لا يمكن نقله، وأقصى ما يمكن فيه إخراج المالك عنه، وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما إذا أبعد مالك المواشى عنها فضاعت أو تلفت فإنه لا ضمان عليه، إذ لم تكن المواشى محلا لفعل ترتب عليه ضياعها أو تلفها.

أما ما جاء في الحديث من إطلاق الغصب على أخذ العقار فمن باب المجاز كما في إطلاق البيع على بيع الحر في قوله ﷺ: من باع حرا - وهذا إلى أن مقتضى الغصب ضمان المغصوب ولا ضمان مع وجوده، لأن الواجب حينئذ هو استرداده ودفعه إلى مالكة والعقار باق لا يلحقه العدم.

ولا يخلو هذا من نقد فإن الغرض من اليد القدرة على الانتفاع، وإذا فاتت القدرة فاتت اليد وذلك ما يتحقق عند استيلاء الغاصب على المغصوب، إذ يحول بين مالكة وبين أن يتففع به وذلك كاف في تحقق الغصب؛ ولذا يضمن الغاصب ما نقصه العقار المغصوب بالسكنى أو بالزراعة أو نحوهما اتفاقا كالحكم في المنقول، غير أن أبا حنيفة وأبا يوسف يقولان: إن هذا ليس من قبيل ضمان الغصب وإنما هو ضمان إتلاف، والعقار يضمن بالإتلاف كأي مال؛ إذ لا يشترط في ضمان الإتلاف زوال يد المالك عن المال المتلف عندئذ، ومثال ذلك دابة الغير إذا ركبها آخر بغير إذنه دون أن يسير بها فهلك في مكانها لم يضمن لعدم فعل فيها ترتب عليه هلاكها، ولكن لو تلفت بسبب ركوبه إياها وسيرها ضمن لوجود الإتلاف بفعله.

موجب الغصب والتعدي والضمان الواجب

يطلق الفقهاء اسم الضمان كثيرا على ما يجب من مال عوضا عما تلف من مال. وأساس وجوبه ما رواه سعد بن مالك بن سنان الخدري عن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».

والضرر هو الأذى يصيب إنسانا ابتداء أو انتهاء... والضرار هو الأذى يصيبه على وجه المقابلة والجزاء وقصد الضرر دون مراعاة للمماثلة التي يدل عليها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ (البقرة) أو قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا...﴾ (الشورى) وقيل الضرر: أن يؤذى الإنسان غيره بما فيه نفع له، والضرار أن يؤذى غيره بما لا نفع له فيه، واختار هذا ابن عبد ربه وابن الصلاح. وقيل: هما بمعنى واحد والجمع بينهما للتأكيد، وأولى الأقوال بالقبول هو القول الأول؛ لأن الضرار مفاعلة وهي تقتضي المشاركة.

وبالضمان يجبر الضرر بإعادة مال المضرور إلى ما كان عليه قبله ما أمكن ذلك، وذلك ما تدل عليه القاعدة الفقهية، وهي الضرر يزال، وإزالته تكون بالتضمنين، وهو الحكم بالضمان، وذلك يكون بإلزام المعتدى بمثل ما أتلفه من المال، لتأديته إلى التعويض على وجه الكمال.

ويرى الحنفية أن موجب الغصب عند قيام المغصوب وسلامته وعدم تغيبه على ما سنيين هو رده إلى مالكه، وذلك هو موجب كل يد وضعت على مال لغير صاحبها اعتداء، ولا خلاف في ذلك بين بقية المذاهب، وذلك لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد» ولقوله: «لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وإن أخذه فليرده». ولأن أخذ المال يفوت على صاحبه يده، وهي وسيلته إلى تحصيل ثمراته من الانتفاع والتصرف. وذلك ضرر يجب دفعه عنه على أتم صورة، وذلك إنما يكون برده في مكان غصبه؛ لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن وباختلافها تفاوت القيم، وعلى ذلك كان هو الموجب الأصلي عند الفقهاء، ومنهم جمهور الحنفية؛ لأنه أعدل وأكمل في رفع الضرر صورة ومعنى، فإذا تعذر رد عين المال بسبب تلفه، أو بسبب تغيبه تعييبا يذهب بمنفعته التي تطلب منه عادة، أو بسبب تغييره تغييرا تتغير به أكثر منافعه ويزول به اسمه، أو بسبب خلطه بمال آخر على ما سبق بيانه كان الواجب حينئذ هو رد البدل أو العوض على وجه الجبران مقصودا بهذا السبب، ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا أثرا مقصودا بالغصب وكان ذلك مخلصا يصار إليه حينئذ باعتباره عوضا أو بدلا عن الواجب الأصلي، وذلك يكون بأداء القيمة أو المثل على ما نبين.

وعلى هذا لو أتى الغاصب بالقيمة أو بالمثل لم يقبل ذلك منه عند قيام المغصوب إلا إذا رضى مالكة، وعندئذ يكون هذا من قبل المعارضة التي تعتمد على الرضا بين طرفيها.

ومن نتائج ذلك براءة الغاصب برد عين المغصوب ولو على غير علم بذلك من مالكة كأن يسلمه إليه بهبة مثلاً أو بإيداع أو بإعارته إياه أو بيعه إياه. ولولا أن رده هو الواجب ابتداء ما برئ إلا بقبض المالك على علم منه به كما في قبض مثله أو قيمته إذ لا يبرأ عندئذ إلا إذا قبضه على علم بأنه يقبض عوض المغصوب.

ويتحقق الرد إلى المالك بإثبات يده عليه وبذلك يبرأ الغاصب من الضمان سواء أعلم الغاصب بأن ما رد إليه هو ماله أم لا، كما لم يكن علم الغاصب أن المال لغيره شرط في تحقق غصبه.

وعلى ذلك يعد الطعام مسترداً، إذا قدمه غاصبه إلى مالكة، وإن لم يعلم أنه ماله فإذا أكله فقد استهلك مال نفسه فلا ضمان عليه عند الحنفية خلافاً للشافعي ومالك؛ إذ يشترطان في براءة الغاصب علم المالك بأن ما رد إليه ماله حتى لا يكون مغروراً.

والرد من غاصب الغاصب إلى الغاصب يبرئه من الضمان وإن كان على علم بالغصب لاعتبار يد الغاصب كيد المالك من وجه ويستقر الضمان حيثئذ على الغاصب.

وإنما يبرأ الغاصب برد المغصوب إذا رده سليماً كما أخذه دون أن يكون قد حدث له عنده ما يؤدي إلى تلفه أو تعييبه بعد حين، وعلى ذلك إذا أصاب الشاة المغصوبة عند الغاصب ما سبب مرضها بعد ردها إلى مالكةا فنفتت من ذلك المرض أو نقصت قيمتها فإن ضمان الغاصب لا ينتهي بذلك الرد إذا كان عليه أن يرد المغصوب سليماً كما أخذه سليماً، ولذا ذهب أبو حنيفة إلى إلزامه بقيمتها عند تلفها أو بقيمة نقصها عند نقص قيمتها؛ لضمانه إياها حتى ترد إلى مالكةا سليمة^(١).

وإذا عجز الغاصب عن رد المغصوب بأي سبب وجب عليه ضمانه.

ويرى مالك أن تقديم الطعام المغصوب إلى مالكة إنما يبرأ به الغاصب إذا قدمه على هيئته، أما إذا غيره ثم قدم إليه لم يبرأ وإن كان عالماً بأنه طعامه؛ لأنه في هذه الحال إنما قدم مالا مملوكاً له بسبب تغييره لا مملوكاً لمن قدمه إليه.

(١) الزيلعي ج ٥ ص ٢٣٣.

ويعتبر من قبيل الرد للمالك إقراضه إياه ويبيعه له وإجارته منه ورهنه إياه وإعطاؤه إليه قراضاً، وذلك إذا كان عالماً به عند الشافعي ومالك.

وذهب آخرون من الحنفية إلى أن الموجب الأصلي هو أداء القيمة أو دفع المثل؛ لأن الذمة إنما تشغل بالواجبات، ولا يتصور واجب إلا في فعل أو دين، وليس شيء من ذلك يعين ولا تشغل الذمة بها وإن شغلت بردها، لأنه فعل فإذا ردها برئت ذمته كما لو أبرأه المالك عن الضمان حال قيام العين، إذ لا يجب عليه الضمان حينئذ بهلاكها بخلاف الإبراء عن العين، إذ لا يصح لعدم شغل الذمة بها؛ لأن صحة الإبراء تستلزم شغل الذمة بالمبرأ دينا كان أوفعلاً. وإنما صح الإبراء عن الضمان حال قيام العين لاعتباره واجبا شاغلا للذمة على أساس وجوبه بالغصب وأنه الأثر المترتب عليه ابتداء وإن رد عين المغصوب مخلص من هذا الضمان لارتفاعه عندئذ بارتفاع سببه وذلك برد العين إلى المغصوب منه ووصول حقه إليه كاملاً بهذا الرد وزوال الاعتداء الموجب للضمان بذلك لتعين العين المغصوبة حقاً له. وما يدل على شغل الذمة بالضمان حال قيام العين أنه لو كان للغاصب نصاب من نصيب الزكاة ذهباً أو فضة مثلاً انتقص منه ضمان المغصوب مع قيامه كما ينتقص أيضاً بالدين حتى لا تجب فيه الزكاة عندئذ لنقصه وعدم اعتباره فاضلاً عن الحوائج الأصلية، وذلك لا يكون ولا يتصور شرعاً إلا عند شغل الذمة بما هو دين كالقيمة أو المثل، وليس لدينا عند قيام العين المغصوبة إلا شغلها بهذا الضمان بناء على الغصب فكان ذلك هو الواجب ابتداءً به. وليس ينقض ذلك أنه لا يضار إلى التضمين بالقيمة والإلزام بها مع القدرة على رد العين، إذ لو كان هو الواجب الأصلي كما ذكرنا لألزم به الغاصب ابتداءً فإن الجمعة خلف عن الظهر ولا يصار إليه مع كونه الواجب الأصلي عند القدرة على الجمعة.

وإنما يبرأ الغاصب بتسليم عين المغصوب إلى مالكها مع عدم علمه بذلك، ومع شغل ذمته بالقيمة أو المثل مع أنه غير الواجب حينئذ على هذا الزعم؛ لتعين العين المغصوبة حقاً له كما قلنا بخلاف المثل أو القيمة لعدم تعيين حقه فيهما إلا بقبضهما؛ إذ يتمثل حقه في أي مثلي أو أية قيمة؛ ولذا لا يتعين في المقبوض منهما إلا باتفاق الطرفين بخلاف عين المغصوب عند الرد.

أقول: وإذا كان الحكم عدم قبول القيمة أو المثل من الغاصب عند قيام المغصوب وإمكان رده إلا أن يرضى المغصوب منه بذلك فلذلك ما يقطع بأن الواجب ابتداءً عند قيام المغصوب وإمكان رده بعينه هو رده وأما دفع القيمة أو المثل فخلف له؛ ولذا وجب

فيه التراضي لوجود معنى للبديلية، وإذا ادعى الغاصب تلف المال المقصوب وليس له دليل على ذلك والمقصوب منه يكذبه حبسه الحاكم المدة التي يراها مظنة لإظهاره لو أنه كان موجودا، فإن لم يظهره قضى عليه ببذله وذلك دليل على أن الرد هو الواجب الأصلي ولا يعدل عنه إلا إذا أظهر عدم إمكانه.

* * *

والذي يظهر من جملة أقوالهم أن الغصب يوجب شغل ذمة الغاصب ابتداءً بوجوب رد العين المقصوبة، للحديث الذي أشرنا إليه كما يوجب في الوقت نفسه شغل الذمة بضمانه قيمة على معنى تعلق ذلك بذمته مجرد تعلق يترتب عليه الإلزام بالأداء عند تحقيق شرطه^(١).

رد قيمة المقصوب أو مثله:

وإذا تعذر رد العين عند وجوب ردها بسبب من الأسباب كتلفها أو تعييبها أو تغييرها أو تغييبها أو خلطها كما سبق بيانه وجب تضمين ذى اليد غاصبا كان أم غير غاصب فيلزم بأداء مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كان قيمة، وذلك لأن إيجاب المثل عند وجوده أعدل وأثر في التعويض وجبر الفائت من ناحية الصورة والمعنى فكان لذلك أولى من إيجاب القيمة عند إمكانه، لأن التعويض بها معنوى فقط، فإذا لم يوجد كان الواجب القيمة يوم الخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله، ويوم الغصب أو الاعتداء عند أبى يوسف، ويوم انقطاع المثل عند محمد.

وجه قول محمد إن المثل هو الواجب بتلف المثلى فإذا عجز عنه بانقطاعه انتقل الوجوب إلى القيمة ولا يجوز الانتقال إليها قبل انقطاعه لقصورها في التعويض من ناحية الصورة وكمال التعويض في إيجاب المثل، ولأنها إنما وجبت خلفا فلا يصار إليها عند العجز عن الأصل فتعين لذلك اعتبار القيمة عند العجز عن المثل وذلك وقت انقطاعه.

وجه قول أبى يوسف أن التالف بانقطاع مثله التحق بالقيمي، وكان له حكمه وإنما تعتبر قيمته وقت الغصب أو الاعتداء، ولأن القيمة لما كانت خلفا كانت واجبة بما يجب به أصلها فاستند إليه في وقته - وجه قول أبى حنيفة أن المثل هو الواجب ابتداءً

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٢٢.

بالاعتداء فتشغل به الذمة حتى يقضى القاضى بالقيمة خلفا له، ولهذا لو خير المالك إلى أن يعود الوجوب إلى المثل بعد صدوره القضاء بها إذا ما وجد بعد ذلك كان له ذلك فتعتبر وقت القضاء.

وحد الانقطاع عدم وجوده في السوق الذى يباع فيه عادة وإن وجد في البيوت. أما القيمي فالمعتبر فيه قيمته يوم غضبه أو وقت الاعتداء عليه إذا لم يكن مغضوبا، لتعذر الالتجاء إلى المثل حيثئذ فوجب في التعويض ما هو في حيز الإمكان^(١).

وفى جامع الفصولين: غضب شاة فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غضبها لا يوم ذبحها، وفى مخالفات أبى الليث أن هذا قول أبى حنيفة، أما عندهما فإنه يضمن قيمتها يوم ذبحها، أما لو تلفت بلا إتلاف فإنه يضمن قيمتها يوم غضبها^(٢). وفى جواهر زاده: غضب بقره قيمتها مائة فسمنت وصارت مائتين ثم باعها خير مالكا بين أن يضمن الغاصب قيمتها يوم غضبها وهى مائة وبين أن يضمن المشتري قيمتها يوم قبضها مائتين عندهما لا عند أبى حنيفة.

أقول: وهذا عند تلفها تحت يد المشتري؛ ووجه قولهما أن وقت اعتداء المشتري عليها هو وقت قبضها وكانت قيمتها عند ذلك مائتين وقد تقدم هذا.

ومما يجب رده أيضا مع الأصل الزيادة المنفصلة، ومثونة الرد على المعتدى كما وجبت على المستعير فى رده العارية.

والرد على الغاصب الأول يبرأ به الغاصب الثانى من الضمان؛ لأن يد الغاصب الأول فى هذه الحال تعد كيد المالك.

ويرى الشافعية أن على الغاصب أن يرد المال المغصوب إلى المغصوب منه فورا عند التمكن وإن عظمت مثونة رده حتى جاوزت قيمته، ويرده إليه ببلد الغصب إن كان به أو حيث انتقل إن انتقل عنه، للحديث السابق.

ويرى أحمد أن عليه أن يرده إليه محل غضبه وإن بعد ولو غرم فى ذلك أضعاف قيمته فإن قال ربه: دعه فى مكانه وأعطنى أجرة رده وإلا ألزمتك برده لم يلزمه ذلك.

(١) الزيلعى ج ٥ ص ٢٢٣ والمبسوط ج ١١ ص ٢٩ ورد المختار وابن عابدين عليه ج ٤ ص ٩١٢.

(٢) ج ٣ ص ١٩٣.

ويبرأ بالرد لمن غضب منه من نحو وديع ومستاجر ومرتهن لنيابتهم عن المالك في اليد.

ويجب الرد عليه ما دام قادرا عليه لم يمنع منه مانع وذلك محل اتفاق. فإن منع من الرد مانع وجب التضمن بالقيمة إن كان قيما ويمثله إن كان مثليا لا خلاف في ذلك بين الحنفية والشافعية والحنابلة.

غير أنه إذا كان مثليا فالشافعية يرون التضمن بمثله إن وجد له مثل، فإن لم يوجد له مثل فالواجب دفع قيمته كالقيمي.

والأصح أن المعتبر عندهم هو أقصى قيمة له حيثئذ من وقت الغضب إلى تعذر المثلي؛ لأن وجود المثل كبقاء المغصوب بعينه، لكونه مأمورا برد المغصوب أو رد المثل فإذا لم يستطع غرم أقصى قيمة له في تلك المدة، إذ ما من وقت يحل منها إلا طوّل فيه برده أو برد قيمته إن لم يمكن رده، وإذن تجب قيمته حين طلبها، أما لو كان المثل مفقودا عند التلف فيجب أرفع قيمة من وقت الغضب إلى وقت التلف، ومقابل هذا القول تسعة أقوال أخرى نذكرها بيانا لاختلاف النظر.

أولها: يعتبر الأقصى من وقت الغضب إلى وقت التلف، وثانيها: من وقت التلف إلى وقت التعذر، وثالثها من وقت الغضب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها، ورابعها: من قطاع المثل إلى المطالبة، وخامسها: من وقت التلف إلى المطالبة، وسادسها: المعتبر قيمة التالف وقت التلف، وسابعها: قيمته وقت الإعواز، وثامنها: قيمته يوم المطالبة، وتاسعها: إن كان منقطعا في جميع البلاد فقيمه يوم الإعواز وإن فقد في تلك البقعة اعتبرت قيمته يوم الحكم بالقيمة.

ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد آخر فلمالكة أن يكلف الغاصب رده، فإن لم يرد طالبه بقيمته قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه.

والمعتبر قيمته من وقت الغضب إلى وقت المطالبة وامتنع عليه المطالبة بالمثل في هذه الحال، لثبوت التراد فيها؛ وذلك باستردادها إذا رد المغصوب وقد تغير قيمة المثل فيحصل الضرر عند ارتفاعها، أما القيمة فشيء واحد وعندئذ يملكها الآخذ ملك قرض ليتفع بها على حكم أو رد بدلها عند رد العين المغصوبة، فإذا رد المغصوب استردها، إن كانت باقية وإلا رد بدلها.

فإن تلف المغصوب المثلى في البلد الذي نقل إليه، أو عاد إلى بلد الغصب سالما فتلف فيه كان للمغصوب أن يطالب بالمثل في أى البلدين شاء لتوجه رد العين المغصوبة عليها فيهما، إذ له المطالبة في أى موضع شاء من المواضع والأماكن التى وصل إليها المغصوب، فإن لم يوجد له مثل وجب التضمين بأقصى قيم المحال التى وصل إليها المغصوب.

ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف مع وجود المغصوب المثلى فالصحيح أنه إذا كان لا مثبوتة لنقله كالنقد اليسير والطريق آمن فله المطالبة بالمثل لعدم الضرر، وإلا لا مطالبة له بالمثل، وليس للغاصب أن يكلفه قبوله لما فيه من الضرر والمثبوتة بل يضمته قيمة بلد التلف، وإن لم تكن بلد الغصب إذا كانت هى أقصى قيم المحال التى وصل إليها وإلا وجب التضمين بأقصى قيمة.

و ضماناتها حيثئذ للحيلولة فليس للغاصب استردادها وبذل المثل ولا للمالك ردها وطلب المثل إذا اجتماعا في بلد الغاصب - وقيل: له المطالبة بالمثل مطلقا. وقيل: إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف أو أقل طالبه بالمثل وإلا لا.

أما إذا كان المغصوب قيميا فيضمته الغاصب بأقصى قيمة له من وقت الغصب إلى وقت التلف لمطالبته بالرد في جميع الأوقات والأحوال، فإذا لم يرد كان ضامنا للبلد في وقت كانت له فيه أقصى قيمة، وهذا بخلاف ما ضمن بسبب الإتلاف بلا غصب، إذ يضمن بقيمته وقت الإتلاف^(١).

ولو صار المثلى متقوما فتلف أو صار مثليا آخر أو صار المتقوم مثليا كما لو جعل الدقيق خبزا أو السمسم سرجا أو الشاة لحما فإنه يضمن المثل سواء أساوت قيمته ما صار إليه أم لا وذلك في الحال الأولى وهى ما إذا صار المثلى متقوما، وفى الثالثة ما لم تكن القيمة فيما صار إليه أكثر فيضمن القيمة التى صار إليها. أما فى الحال الثانية وهى ما إذا صار المثلى مثليا آخر فإنه يتخير بين المثلين.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا تلف المغصوب بأفة سماوية أو بإتلاف الغاصب أو بفعله فيه أو بفعل أجنبي ضمنه الغاصب أو من أتلفه بمثله إن كان مثليا والمراد مثله حين الغصب إن بقى على حاله فإن تغير بعد الغصب كرطب صار تمرا كان للمالك التضمين

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ وما بعدها.

بأى المثليين أحب فإن لم يوجد له مثل، لعدم أو بعد أو غلاء فعلى الغاصب قيمة مثله يوم إعوازه في بلد الغصب، فإذا قدر على المثل قبل أداء القيمة لزمه. فإن كان قيميا ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلد غصبه من عمد إلى ذلك التلف، وكذلك الحكم فيما أتلف بلا غصب^(١). وفي المغنى أنه يضمه بأعلى قيمة له في مدة الغصب فإذا كان الضامن غاصب الغاصب ضمنه بأعلى قيمة له في مدة اعتدائه، أى مدة غصبه إياه من غاصبه.

وعند مالك يضمن الغاصب باستيلائه على المغصوب عقارا كان أو منقولا فيتعلق الضمان بذمته بمجرد استيلائه عليه للحيلولة بين المغصوب وبين مالكه ولكن لا يحصل الإلزام بالضمان وأدائه إلا بتلفه لدى الغاصب بأى سبب من أسباب التلف أو إذا حدث به ما يعد تفويتا له، ولذا تلزمه قيمته وقت غصبه؛ لأنه وقت الاعتداء بالحيلولة بينه وبين مالكه وهو وقت تعلق الضمان بذمته، وذلك إن كان قيميا فإن كان مثليا لزمه مثله فإن لم يوجد له مثل لزمته قيمته يوم فقد المثل.

وإذا كان المغصوب مما له إيان يوجد فيه صبر المالك إلى زمن وجوده فيعطى مثله إن تيسر ذلك وإلا كان له القيمة. وقيل يضمن القيمي بأعلى قيمة له فيما بين وقت غصبه ووقت تلفه وهو قول الشافعي.

وإذا كان الإتلاف في غير غصب فالواجب به ضمانه بقيمته وقت التعدى عليه.

وحاصل المذهب أن غاصب الذات أو من يحوزها تعديا يتعلق بذمته ضمانها من يوم التعدى عليها للحيلولة بينها وبين مالكها ويضمن غلتها فعلا من يوم استعمالها أو كرائها.

وأما غاصب المنفعة وهو المعتدى في عرفهم فيضمن قيمتها بمجرد فواتها وإن لم يستعملها، ويجب مع ذلك رد العين مادامت قائمة، فإن تلفت وجب أداء الضمان كما بينا، غير أن تلفها في هذه الحال إن كان بغير اعتداء من المعتدى أو من أجنبى أو كان بأمر سماوى، أى لا يد للمعتدى فيه فلا ضمان عليه وكان ضمانها على مالكها كما إذا تلفت تحت يده؛ ذلك لأن مجرد وضع يده على العين لا يعد اعتداء عندهم حتى يكون فيه ما يعد اعتداء على الذات كان يتصرف فيها، وبناء على ذلك لا يتحمل تبعه

(١) راجع الخرشي ج ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير والدسوقي عليه ج ٣ ص ٤٤٤ وما بعدها والبلية ج ٢ ص ٣٦٣.

هلاكها بأمر سماوى، أما إن تلفت بالاعتداء عليها فإن ضمانها على من أتلّفها. جاء فى الحرشى: ومن غصب دابة أو داراً أو ما أشبه ذلك فاستعملها بأن ركب الدابة أو سكن الدار فتلفت الذات بأمر سماوى فإنه يدفع قيمة المنفعة فقط؛ لأنها هى التى تعدى عليها ولا شىء عليه فى الذات والمراد بالسماوى ما لا سبب للمعتدى فيه، وهذا إذا كان الغصب للمنفعة لا للذات.

غير أنها إن كانت مثلية فضمانها بأداء مثلها ولو غلا ثمنه بعد التلف وإن كانت قيمة كان ضمانها بأداء قيمتها يوم التلف لا يوم الغصب؛ ذلك لأن مجرد وضع اليد غصبا على المال يترتب عليه الضمان فعلا كما ذكرنا وإنما يترتب الضمان على التلف أو الإتلاف^(١).

وعلى ذلك إذا حال شخص بين مال وصاحبه تعديا تعلق ضمانه بذمته تعلقا لا يترتب عليه مطالبة ببدله فى الحال وإن لم يعيه، فإن عيه تترتب عليه التضمين فعلا - كما يترتب على جحود الوديعة.

وفوت المثل بنقله إلى بلد آخر أما القيمى فلا يعد نقله إلا إذا كان فى نقله كلفة واحتاج إلى حمل ومثونة، والفوت كما يكون بالنقل يكون بالتغيب، وإذا اعتبر فائتا كان مالكة مخيرا بين أخذه عند حضوره وأخذ قيمته فى الحال ولا رد لعينه مع الفوات بأى سبب يتحقق به الفوات وإن لم تذهب مادته^(٢).

وإذا أتلّف أجنبى مالا مغصوبا وهو لدى غاصبه كان لمالكة الخيار بين تضمين الغاصب قيمته يوم الغصب وتضمين الأجنبى وقت الإتلاف، فإذا كانت أكثر من قيمته وقت الغصب فالزيادة للمالك وإن قلت عن قيمته يوم الغصب رجع المالك بالفرق بين القيمتين على الغاصب ولا رجوع له على المتلف، وإنما ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب لاستاد تلفه إلى يوم غصبه؛ نتيجة لتعديه كما فى المال يتلف بسبب سماوى، ويضمن المتلف القيمة وقت إتلافه لتعديه فى ذلك الوقت المستوجب لضمائنه، والمعتبر بالنسبة إلى الغاصب قيمته وقت غصبه فلا يسأل عن زياته بعد ذلك بسبب زيادة السعر، وإذا نقص المغصوب كان نقصه مضمونا عليه ويجبر النقص بعوده إلى ما كان عليه.

(١) راجع الحرشى ج ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير والدموقى عليه ج ٣ ص ٤٤٤ وما بعد والبداية ج ٢ ص ٢٦٣.

(٢) الحرشى ج ٦ ص ١٦١ والشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤.

وذهب أهل الظاهر وبعض فقهاء المدينة إلى أن الواجب في إتلاف القيمي مثله متى وجد ولا تجب إلا عند عدمه، واستندوا في ذلك بما أخرجه أبو داود من حديث أنس أن رسول الله ﷺ كان عند عائشة رضی الله عنها فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية لها بقصة فيها طعام فضربت بها بيدها فانكسرت القصة فأخذ رسول الله ﷺ الكسرتين فضم إحدهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام، ويقول: غارت أمكم، كلوا كلوا، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله ﷺ القصة المكسورة حتى فرغوا فذفع الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته. وقد روى أن عائشة رضی الله عنه سأله ما كفارة ما صنعت قال: «إناء بإناء وطعام بطعام».

* * *

وإذا كان المال تحت يد ضمان سواء أكانت يد غصب أم يدا أخرى وضعت تعديا أو دل دليل شرعى على تضمين صاحبها وإن لم توضع اعتداء ثم تلف بأى سبب من أسباب التلف ولو لم يكن لصاحب اليد فيه ضمن قيمة ما تلف كلا أو بعضا إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا، وفي حكم الإتلاف ما فى معناه من تعييب يذهب بمعظم منافعه التى تتطلب منه عادة أو تغيير تتبدل بسببه منافعه جميعها بمنافع أخرى كما فى طحن البر وعجن الدقيق وخبزه، أو تعييب يحول دون رده إلى صاحبه، أو إنكار لإيداعه إن كان مودعا أو إغراء لظالم حمله على أخذه ظلما، أو نقله إلى بلد آخر عند مالك إذا كان مثليا أو قيميا لنقله حمل ومثونه إلى آخر ما ذكر فى بيان أسباب الإتلاف وما فى حكمه فى المذاهب المختلفة.

وإذا وجب ضمان القيمة بسبب من الأسباب التى أشرنا إليها انتهى بذلك ملك مالها، وصارت ملكا للمتسبب منذ لزمه الضمان من قيمة أو مثل وإن لم يؤده إلى مالها عند الحنفية. وإذا أدبت ثم ردت العين وجب رد قيمتها عند ذلك إلى الغاصب، وليس للغاصب أن يحبس العين لاسترداد قيمتها إذا ما طلبها مالها ولم يكن ضمانها بناء على قوله ورضاه كما سبق ذلك، وهذا لوجوب ردها إليه بناء على طلبه حيثئذ لأنه الواجب الأصل.

والقاعدة العامة أن التعويض لا يستحق نظير ما فات المضرور من ربح ولا ما حل به من خسارة إلا أن يكون ذلك عند تلف شيء مالى مادي، ولا عبرة بتغير الأسعار، فإذا نقص بسببها سعر المغصوب لم يكن على الغاصب بسبب ذلك ضمان؛ وهذا بخلاف الحكم فى حال التعدى عند مالك إذ يضمن المعتدى فى هذه الحال نقص السعر، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

وكذلك لا نظر إلى ما يصاحب الغضب من ظروف وملايسات تقتضى التشديد؛ لأن الأمر في الضمان مبني على جبر الفأثت فعلا، أما النظر إلى الظروف فأمر يتعلق بالتعزير، وإن جاز التعزير على الغضب والتعدي على الأموال.

ما يتخير فيه المالك بين التضمن والتمسك بماله:

من هذه الأسباب المتقدمة ما يستوجب تضمين قيمة جميع العين مع إمكان الانتفاع بها في الجملة، وذلك لزوال معظم منافعها التي تطلب منها عادة، وإن صارت بعد ما أصابها منتفعا بها انتفاعا آخر جديدا أو أقل مما كان لها، كما في البر يطحن، والدقيق يعجن ويخبز؛ وذلك إذا ما أصر المالك على التضمن وإلا كان له أن يتخير بين التضمن بمطالبته بالقيمة أو المثل مع ترك المال للمعتدى وبين تمسكه بما له مع المطالبة عما أصابه من نقص إن كان من نتائج ما حدث نقص وذلك بأخذ الفرق بين القيمتين: قيمة المال بعد تعيبه أو تغييره، وقيمه وقت الاعتداء عليه.

أما إذا لم يترتب على ذلك نقص فلا يكون له سوى ماله لعدم الضرر دون أن يلتزم بشيء للمعتدى نظير ما زاده في المال إن كانت زيادة، لأنها عن اعتداء فلا يستحق بها مال.

ومن الفقهاء من ذهب إلى استحقاقه قيمة الزيادة إذا كانت معلومة؛ لأن الظالم لا يظلم، ولا مبرر لأخذ ماله بلا عوض - وإلى هذا ذهب الحنفية.

وقد جاء في تبين الحقائق للزيلعي أن الضابط في ذلك أنه متى تغيرت العين تغيرا زال به اسمها ومعظم منافعها، أو اختلطت بملك الفاعل بحيث يتعذر التمييز أو يمكن مع الحرج فإن ملك مالها يزول عنها وتصير ملكا لمن أحدث فيها ذلك بوجوب تضمينه متى كان ذلك إتلافا للعين أو في معنى إتلافها فيملك قبل أداء ضمانها إذا ما اختار مالك تضمينه، غير أنه لا يجوز له أن ينتفع بها إلا بعد أن يؤدي بدلها إلى مالها، وعلى هذا فضمن الإتلاف كما يجب بتلف العين وهلاكها يجب أيضا بتلف بعضها وبتعيبها وباستعمالها استعمالا أدى إلى نقص قيمتها - أما نقص قيمتها وهي تحت يد ضامنه بسبب تغير الأسعار فلا أثر له؛ إذ لا يعد انتقاصا في المال ولا تغييرا فيه، وإنما هو تحول في رغبات الناس وحاجاتهم إلى ضعف في الرغبة فيها فقلت بسبب ذلك قيمتها^(١).

والتعيب قد يكون فاحشا وقد يكون يسيرا فإن كان فاحشا استوجب ضمان القيمة، أو أخذ العين مع ضمان النقصان كما في خرق الثوب خرقا فاحشا وذبح الحيوان

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤٥ والمبسوط ج ١١ ص ٥٧.

المأكول، أما ضمان القيمة فلما حدث من إتلاف العين معنى بسبب فوات بعض العين أو بعض الأغراض الأصلية التي تطلب من العين عادة كالحمل والدر والنسل بالنسبة إلى الحيوان، وأما الاستمسك بالعين مع أخذ ضمان النقصان فلبقاء ذات العين وعدم فواتها كلها وإمكان الانتفاع بها مع هذا النقصان كالأكل منها؛ ولذا إذا كان الحيوان الذي ذبح غير مأكول اللحم تعين ضمان قيمته كلها لوجود الهلاك من كل وجه، والخيار في هذه الحال للمالك فإن شاء أخذ ماله معينا مع ضمان نقصه وإن شاء تركه لمن عيبه وضمنه قيمته كاملة.

* * *

أما العيب اليسير فليس فيه إلا ضمان النقصان كالحرق اليسير في الثوب، وقد اختلفوا في حد اليسير والفاحش، فذهب بعضهم إلى أن ما يوجب نقص ربع القيمة فاحش وما دونه يسير، وذهب آخرون إلى أن الفاحش ما ترتب عليه نقص نصف القيمة؛ لاستواء التالف والباقي فيخير المالك بين أخذ القيمة وأخذ العين مع ضمان النقصان، والصحيح في المذهب أن الفاحش ما تلف به بعض العين ومعظم منافعها أو جنس منفعتها ويبقى بعضها وبعض منافعها، واليسير مالا يفوت به نوع المنفعة ولا جزء من العين وتتعب به العين تعيبا غير معهود.

أما ما يزول به الانتفاع بالعين جملة فهو تلف من كل وجه وأثره التضمين لا غيره، أما زوال بعض المنفعة فهو نقصان أو تلف من وجه، وهو في واقع الأمر عبارة عن تعيب المنافع مع بقائها ويتمثل في تقويت الجودة لا غير.

وإذا ما أمكن مراعاة حال الاستهلاك وموجبه ومراعاة النقص وموجبه وذلك بإثبات الخيار للمالك فلا داعي للإلزام بأحدهما وحده مادام أن ذات العين المملوكة ما زالت قائمة.

وقد قال شمس الأئمة السرخسي أن هذا الحكم يجري في جميع الأعيان عند تعيبها ما عدا الأموال الربوية فإن التعيب فيها سواء أكان فاحشا أم يسيرا يجعل لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين، ولا يرجع بشيء على من عيبها وبين أن يتركها ويضمنه المثل أو القيمة؛ إذ إن تضمين النقصان فيها متعذر وذلك لخطره لما يؤدي إليه من الربا^(٢).

* * *

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤٥ والمبسوط ج ١١ ص ٥٧.

(٢) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها.

وأساس ذلك بقاء مادة المال واستمرار الملك فيها مع الانتفاع به انتفاعاً تتوجه إليه رغبات المالك ويطلبه من المال عادة، وذلك ما قد يدعو إلى الاستمسك به طلباً لمنافعه وهو حق له يترتب على بقاء ملكه فكان له ذلك إن شاء، وإن شاء رأى أن في ملكه تغيراً وتبدلاً صار به شيئاً آخر ليس له فيه انتفاعه الذي كان يبغيه منه من قبل، فكان ذلك في حكم إتلافه، وأن يطلب بناء على ذلك عوضاً عنه ممن اعتدى عليه بما يعد كالإتلاف له.

ويبدو لي أن هذا المبدأ مراعى عند غير الحنفية من فقهاء المذاهب الأخرى وإن لم يكن محل إقرارهم جميعاً؛ إذ نلاحظ بينهم خلافاً في ثبوت هذا التخيير للمالك المال في هذه الأحوال؛ فنرى كثيراً منهم يرى وجوب تضمين المعتدى المال كله، وعدم إعطاء الخيار للمالك المال عند استحقاق الضمان عن جميع المال - كما نرى فيهم من يجعل للمالك الخيار بين أخذ المال مع المطالبة بالتعويض عن النقصان إن كان هناك نقص وبين تضمين المعتدى قيمة المال على حسب اختلاف الأحوال.

فعند المالكية إذا أقدم شخص على ذبح شاة كان لصاحبها الخيار إن شاء ضمن الذابح ما ترتب على اعتدائه من نقص وأخذ لحم الشاة وإن شاء ضمنه قيمتها كلها وترك لحمها للمعتدى، وكذلك الحكم إذا فعل بشاة يقتات بلبنها ما انقطع به لبنها فإن له الخيار أيضاً في تضمين المعتدى قيمتها أو إمساكها بها مع أرش ذلك، أما إذا كانت النفقة التي فاتت غير مقصودة من العين فليس للمالكها إلا أخذ الأرض، وفي الخرشى أن ما أصاب العين في يد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر الله فإن ربها يخبر بين أخذها معية، وبين تضمين قيمتها يوم الغصب، ذهب إلى ذلك أشهب، وكذلك إذا جنى الغاصب عليها. وقد سوى أشهب بين العيب القليل والعيب الكثير^(١)، وهذا ما جاء في المدونة؛ ففيها أن ما أصاب العين في يد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر الله فربها مخير في أخذها معية، أو تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب، وفي الخرشى أيضاً في جناية الغاصب على العين المغصوبة يخير الملك بين أخذ العين مع عوض النقص وبين تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب - أما في جناية أجنبي عليها في يد الغاصب فإن المالك له الخيرة في تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب ويتبع الغاصب الأجنبي المعتدى، وفي الاستمسك بعينه وتضمين الجاني النقص، ويرى من هذا أن من المالكية من يرى أن الاعتداء على المغصوب ولو قليلاً يجيز للمالك تضمين الغاصب جميع قيمته؛

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦٤.

لما في هذه النصوص من إطلاق، وقد مثلوا لهذا الغصب بانكسار النهدين بعد قيامهما بالنسبة إلى الأمة، وذلك خلاف ما ذهب إليه بعضهم ولا فرق بين جناية الغاصب، وبين السبب السماوي في الحكم على مذهب المدونة في أن المالك يخير فيها بين أخذ قيمة العين يوم غضبها وبين الاستمسك بها^(١) مع أرش النقص، وإذا ما اختار المالك أخذ ماله كان له إلزام المعتدى بإصلاح ما أفسد، فإذا أصلحه فعاد بالإصلاح إلى ما كان عليه زال ضمانه^(٢) كما للمجنى عليه إلزام الجاني بأجر الطبيب فيما لا أرش فيه، ومقتضى ما ذكر أن أى إفساد في المال يلزم المعتدى بإصلاحه إذا كان لا يترتب روال المال.

وجاء في شرح التحفة من كتب الشافعية إذا عيب المصنوع فأحدث فيه ما يسرى إلى تلفه فحكمه حكم التالف فيضمن قيمته أو مثله، وذلك مثل أن يجعل الخنطة هريسة أو الدقيق عصيدة أو يصب الماء على الزيت فيتعذر تخليصه، أو يضع الخنطة في مكان رطب فتتعفن؛ لأنه لو ترك بحاله لتلف فكان كالهالك، واستحسن بعض الشافعية كالرافعي تخيير المالك بين جعله كالتالف فيطالب بالضمان وبين أخذه مع أرش العيب^(٣). وقيل برده إلى المالك مع أرش النقص كما هو الحكم في التعيب الذي لا يسرى، وإذا اختار التضمنين ملكها الغاصب ولكن ليس له التصرف حتى يؤدي بدلها فعلا، ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الأثر فإذا كان الأثر، لا يعد فاحشا ولا تتغير به منافع العين تغيرا جوهريا بحيث لا يعتبر إلا اختلافا في الجودة لم يكن للمالك العين حيثنذ إلا ضمان النقص بين القيمتين، وعلى هذا فالتخير إنما يكون حيث يمكن أن تعد العين في حكم التالف.

* * *

وجاء في التعليقات على كتاب الفروع لابن مفلح الحنبلي في بيان حكم ما إذا لم يذهب التلف بجميع منافع المال كما إذا تعفن البر أو حولت الخنطة هريسة أو الدقيق عصيدة أن في ذلك أربعة أقوال:

١ - الأول: أن للمالك ضمان النقص فقط واختاره الشيخ في المغنى.

٢ - الثاني: أن له تضمين المعتدى القيمة كلها كالتالف واختاره كثير من الحنابلة.

(١) الحرشى ج ٦ ص ١٧٤، ١٧٣.

(٢) حواشى التحفة ج ٦ ص ٩٦.

٣ - الثالث: أنه يخير بين تضمين قيمته كلها وبين أخذه مع ضمان نقصه، واختاره صاحب الترغيب.

٤ - الرابع: أنه يخير بين التضمين بالقيمة كلها وبين أن يصبر حتى يستقر الأمر فتلف العين ويستحق ضمان قيمتها كلها أو لا تتلف فلا يستحق إلا ضمان نقصها، واختاره صاحب الهداية.

ويرى كثير من الحنابلة أن الإلزام بضمان القيمة إنما يكون عند تلف المال كله - أما عند بقاء عينه مع الانتفاع به فلا يجب إلا ضمان النقص، وعلى هذا القول فلا تخيير في حال بقاء العين مع بقاء الانتفاع بها انتفاعا يقصد منها ويرغب فيه.

ومنهم من ذهب إلى التفرقة بين أن يكون النقص سماويا أو غير سماوى فإن كان سماويا لم يكن للمالك إلا أن يأخذه ناقصا فقط أو يضمن الغاصب قيمته كلها يوم الغصب، وليس له قيمة ما نقص^(١).

وفى رأى أن القول بالتخيير تؤيده القواعد العامة فإن العين إذا بقيت مادتها من غير تلف كلي أو بلا عيب تعد معه كالتالفة نهائيا كانت من حق مالكيها وكان له أن يسكنها ويستبقها نتيجة لبقاء ملكه إياها إذ لم يجعل الشارع حدوث تغيير فيها سببا من أسباب انتهاء الملكية، وإذا كان له أن يستبقها كان له أن يطالب بضمان نقصها إن حدث في قيمتها نقص؛ لأن ذلك ضرر يجب رفعه وإزالته بالتعويض عنه وله أيضا أن يترك حقه هذا، ويضمن المعتدى قيمتها مع تركها له إذا كان ما أصابها قد أخرجها عن أن ينتفع بها الانتفاع الذي كان يطلبه منها ويرغب فيه، وليس يغنيه حيثئذ أن تكون لها منفعة أخرى لأنه قد لا يرغب فيها وليس في حاجة إليها؛ إذ إنها في هذه الحال تعتبر بالنسبة إليه كالتالفة فوجب لذلك أن يعوض عنها، ومن أجل ذلك وجب أن يكون له الخيار في ذلك فإذا ما اختار التضمين تملكها المعتدى بضمانها ولكن لا يتصرف فيها إلا بعد أداء ضمانها فعلا إلى مالكيها.

وللمالك مع ذلك أن يختار بقاء ملكه لما غصب منه ويجبر الغاصب على إصلاح ما أفسد منه وإعادته إلى ما كان عليه قبل غصبه؛ لأن إقدامه على أى تغيير فيه محظور

(١) الفروع ج ٢ ص ٨٠٤ وكشاف القناع من كتاب الغصب ج ٢.

واجب إزالته متى أمكن ذلك وإلا لم يكن له ذلك الإجبار؛ وإذا قام بإصلاحه فلم يعد إلى حاله كان ضامنا لمقدار النقص - وليس للغاصب أن يقوم بأى إصلاح فى العين المغصوبة بدون إذن مالئها^(١).

الأيدى المترتبة على يد الغاصب

تعء من أيدى الضمان كل يد ترتب على يد للغاصب فحلت محلها وذلك إذا كانت لا تستند فى هذا الحلول إلى ولاية شرعية أو إذن من المالك وإلا كانت يد أمانة، كيد كفيل الغاصب فى رد المغصوب إذا تسلم المغصوب منه، ويد وكيل المالك فى القبض منه ويد الولى عليه، وكذلك يد الحاكم والقاضى إذا استرد المغصوب من غاصبه، واختلف النظر فىمن تطوع فأخذ المغصوب من غاصبه بنية رده إلى مالئها؛ فمن الفقهاء من رآه أمينا وأن يده أمانة، لقيامه بأمر نذب إليه الشارع فى سبيل المحافظة على الحقوق وردها إلى أصحابها فكان فى وضع يده عندئذ مأذونا من قبل الشارع، وقد يعد فى ذلك مأذونا عرفا إذ لا يأبى إنسان على آخر تطوعه بالسعى لرد ماله إليه والرضا عن عمله وإقراره، وعلى هذا الرأى كثير من الحنابلة، ومن الفقهاء من يراه ضامنا؛ لأن يده إنما حلت محل يد ضمان وكانت استمرارا لها وقد لا يرضى المالك عن وضعها فتعطى لذلك حكم اليد التى ترتبت عليها؛ لأن النوايا لا تصلح لابتناء الأحكام عليها، وفى نهاية المحتاج: من أخذ شيئا من غاصب أو من سبغ ليرده على مالئها فتلف فى يده قبل تمكنه من رده له لم يضمن إن كان المأخوذ منه غير أهل للضمان كالشبع وإلا ضمن، وخالف فى ذلك السبكي^(٢). وكذا يضمن لو أخذ متاعا من يد سارق لعلمه أنه إن لم يأخذه ضاع على صاحبه لأخذه من غير ولاية، وعلى القول الأول يجب ألا تمضى على تسلم المغصوب مدة كان يستطيع فيها رده إلى مالئها ولم يرده بغير عذر وإلا كان ضامنا. ويعد مأذونا عرفا من وضع يده على مال لغيره فى سبيل إنقاذه من التلف الذى تعرض له، كما لو تعرض لئار تلتهمه أو لسيل يتلفه فلا تكون يده يد ضمان، وذهب الحنابلة إلى أن الأجنبى إذا أخذ الوديعة بغير إذن ليردها إلى مالئها بعد انتهاء العارية أو أخذ العين المعينة الموصى بها فأعطائها للموصى له بغير إذن وقع ذلك موقعه من نيته ولا ضمان عليه عند التلف لاعتباره أمينا بناء على ذلك.

(١) مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٢٠.

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٤، ١٤٧.

واليد المترتبة على يد الغاصب تعد يد ضمان وإن كانت في أصلها يد أمانة كيد وكيل الغاصب في الرد على المالك ويد وديعه وإن جهل الغصب؛ وذلك لأنها وضعت على مال لغير صاحبها بدون إذنه وبدون ولاية. غير أنه يسقط الإثم في حال الجهالة بالغصب؛ لأن الإثم إنما يترتب على مخالفة المكلف لما كلف به حيث يكون خطاب الشارع خطاب تكليف، ولا تكليف مع الجهل بخلاف الضمان فإنه يترتب على خطاب الوضع وهو يتوجه مع الجهل. أما المكره على الاستيلاء على المغصوب قيده يد ضمان اتفاقاً، لأنها يد مستندة إلى اعتداء، غير أن الضمان عند الإكراه يستقر على المكره وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء سواء أكان عالماً بالغصب أم جاهلاً.

وعلى ذلك فإن أيدي الضمان المترتبة على يد الغاصب تتناول الأيدي الآتية، وهي يد غاصب الغاصب ويد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد وديعه الشريك له ويد المضارب له في المال المغصوب ويد المرتهن منه ويد المزارع له ويد المساقى له ويد القابض منه على وجه السوم، وكذلك كل يد لا تستند إلى إذن من المالك أو إذن من الشارع سواء أكانت هذه اليد في الأصل يد أمانة أم يد ضمان وسواء أكانت مستندة إلى عقد صحيح ظاهر أم عقد غير صحيح، وهذا مالا يكاد يوجد فيه خلاف بين الفقهاء. ولمالك المال المغصوب حيثنذ الخيار في تضمين الغاصب أو أصحاب هذه الأيدي عند تلف ذلك المال في أيديهم سواء أكانوا يعلمون بالغصب أم يجهلون وسواء أكان تلفه بأمر سماوى لا يد لأحد فيه أم كان تلفه باعتداء من صاحب اليد عليه أم كان تلفه بفعل شخص أجنبي، غير أنه إن كان تلفه بعد انتقاله من يد الغاصب باعتداء من صاحب اليد عليه عندئذ مستقلاً به كإقدامه على إحراقه أو إفساده أو تغييره تغييراً يذهب بمنافعه فإن ضمان المال يستقر عليه فلا يرجع بما ضمن على الغاصب سواء أكان عالماً بالغصب أم جاهلاً إن اختار مالك المال تضمينه، أما إن اختار تضمين الغاصب رجع بما ضمن على صاحب اليد لاستقرار الضمان عليه؛ لإقدامه مستقلاً على إتلافه وضمان الإتلاف مقدم على ضمان اليد؛ لأنه أقوى.

فإن كان تلفه بأمر سماوى لم يرجع الغاصب على صاحب اليد لاستقرار الضمان على الغاصب حيثنذ إذا لم يدخل صاحب اليد حيثنذ على ضمان العين المغصوبة وكان ضمان الغاصب بسبب غصبه هذا لا خلاف فيه بين الفقهاء، وإنما يلاحظ اختلافهم في بعض أحوال التضمين وفي بعض أحوال استقرار الضمان على أحدهما كما في تلف المال بأمر سماوى في يد المعتدى على منفعة فإنه لا ضمان على المعتدى عند المالكية في

هذه الحال لعدم اعتدائه على الذات، والقاعدة في ذلك على الجملة أن المغضوب إذا انتقل من يد الغاصب إلى يد غيره وكانت يد ضمان كان للمالك تضمين أيهما شاء إذا تلف المغضوب تحت يد من انتقل إليه ويستقر الضمان على من انتقلت إليه العين المغصوبة إذا كان قد دخل على ضمانها سواء علم بالغصب أم جهله، أما إذا لم يدخل على ضمانها فإن كان يعلم بالغصب عند وضع يده عليها كان حكمه حكم غاصب الغاصب فيستقر ضمانها عليه وإن كان يجهله استقر ضمانها على الغاصب دونه إذا لم يدخل على ضمان، وهذا ما ذهب إليه الشافعية أيضا، ومن ذلك يعرف حكم غاصب الغاصب والمشتري من الغاصب إذا تلفت العين المغصوبة تحت يدهما فإن الضمان يستقر عليهما عند علمهما بالغصب وعند جهلهما به لدخولهما على ضمان.

أما الوديع فإنه يرجع على المودع بما غرم بسبب تلف الوديعة تحت يده عند جهله بالغصب لا عند علمه به؛ ولا يرجع الغاصب عليه بما غرم إلا عند علمه بالغصب، وكذلك حكم كل من المستأجر والمرتهن، وكذا المستعير عند الحنفية، أما عند الشافعية والحنابلة فإنه لدخوله على ضمان لا يرجع على الغاصب بما غرم عند التلف عنده علم أم جهل - وينبغي أن يلاحظ أن التلف إذا كان بإتلاف من صاحب اليد استقر الضمان عليه في جميع الأحوال؛ لأن ضمان الإتلاف أقوى من ضمان اليد، وفيما يلي بعض التطبيقات:

يد غاصب الغاصب:

فإذا غصب إنسان من آخر مالا غصبه فهلك في يده فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثاني. أما الأول فلحدوث فعل الغصب منه، وهو تفويت يد المالك. وأما الثاني فلأنه فوت يد الغاصب الأول ويده تعد يد المالك من وجه، لوجوب الحفظ عليه وتمكنه من رده على المالك واستقرار الضمان عليه في ذمته فكانت منفعة يده عائدة على المالك وأشبعت من وجه يد الوديع، وقد وجد من كل واحد منهما سبب للتضمين إلا أن المضمون واحد فيخير المالك لتعيين المستحق له، فإن اختار تضمين الغاصب رجع بالضمان على غاصب الغاصب؛ لأنه ملك المغضوب من وقت غصبه بالتضمين، وتبين أن الثاني إنما غصب ما يملكه فيضمنه مثله أو قيمته يوم غصبه منه كائنة ما كانت؛ أي سواء أكانت أكثر مما كانت عليه يوم الغصب الأول أم أقل، وعندئذ يضيع عليه الفرق بين القيمتين إذا كانت أقل؛ إذ لا يضمن ما لم يغصبه.

وإن اختار تضمين غاصب الغاصب لم يكن لغاصب الغاصب أن يرجع على الغاصب الأول؛ لأنه إنما ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه سواء تلف عنده بأمر سماوى أو بتعد منه فيضمن قيمة ما غصب يوم الغصب بالغة ما بلغت زادت أم قلت عما كانت عليه، غير أنها إذا كانت أقل مما كانت عليه يوم الغصب الأول كان للمالك الرجوع على الغاصب بالفرق بين القيمتين، إذ لا يضيع عليه ماله بالتعدى، وهذا إذا كان نقص القيمة بغير تغير السعر؛ إذ إن النقص لتغير السعر غير معتبر؛ لأنه لا يرجع إلى نقص في العين وإنما يرجع إلى أمر خارج عنها، وهو عدم الرغبة، ومن ذلك يظهر أن الضمان يستقر على غاصب الغاصب.

ومتى اختار المالك تضمين أحدهما برئ الآخر من الضمان باختياره - ذكر ذلك محمد في الجامع - حتى لو أراد تضمين الآخر بعد ذلك لم يكن له ذلك.

وروى ابن سماعه في نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى عليه بالضمان، إذ في هذه الحالة يصير المغصوب ملكاً للذى ضمنه كأن المالك باعه منه فلا يملك بعد تمليكك أن يرجع على غيره كما لو باعه من الأول فأما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد التملك من أحدهما فله أن يملكه أيهما شاء، وذلك بتضمينه.

ووجه رواية الجامع أن المالك باختياره تضمين أحدهما على التعيين أظهر أنه راض بأخذه وتملكه منه؛ وذلك أمر يلزم المعتدى باعتدائه ولا يتوقف على رضاه، فإذا حدث هذا برئ الآخر. وفي ابن عابدين نقلاً عن المحيط أن عند أبي يوسف له الاختيار ما لم يقبض الضمان فعلاً عن اختار تضمينه، فإذا قبضه لم يكن له أن يختار الآخر. ذلك ما ذهب إليه الحنفية^(١). وهو ما ذهب إليه الحنابلة أيضاً^(٢)، ولا يكاد يوجد فرق بين المذهبين.

(١) يرى الحنفية أن المعتدى يملك ما استولى عليه بضمانه إذا فعل فيه ما يؤدي إلى تلفه فإن تلف أو تغير بدون فعله فإنه يملكه إذا ضمنه المالك قيمته، وذكروا أن هذا الملك يستند إلى وقت التعدى. ومقتضى هذا أن المالك إذا ضمن الغاصب لم يكن له أن يضمن غاصب الغاصب لزوال ملكه بتضمين الغاصب، وقد ذكروا أن الملك يثبت للغاصب حتى قبل أداء الضمان، وعلى ذلك فلا وجه لاشتراط رضا من اختار المالك تضمينه لأنه تملك جبرى يحكم الشارع. أما اشتراط القبض والأداء على ما جاء في المحيط فالظاهر أنه قول آخر في المذهب.

(٢) راجع القواعد، لا بن رجب ص ٢١٠ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٦٣.

وذهب المالكية إلى إثبات الخيار للمالك في هذه الحال أيضا فإن تبع الغاصب فأخذ منه قيمة المصنوع يوم الغصب رجع الغاصب على غاصب الغاصب فأخذ منه القيمة وقت غصبه؛ كما هو مذهب الحنفية، ولو زادت على القيمة يوم غصب الأول؛ لأن الغاصب لما غرم قيمته ملكه فكان الغصب واقعا على ملكه. وإن تبع غاصب الغاصب فأخذ منه القيمة يوم غصبه وكانت أقل من قيمته يوم غصبه ابتداء كان للمالك أن يرجع على الغاصب بالفرق بين القيمتين حتى لا يضيع عليه شيء من ماله، ولا رجوع عندئذ بشيء من الغاصب على غاصبه وإن كانت أكثر لم يرجع المالك بعد ذلك بشيء، لأنه استوفى حقه ولا رجوع لغاصب الغاصب بشيء على الغاصب؛ لأنه إنما ضمن بسبب جنائته. واختياره تضمين غاصب الغاصب في رأيهم تمليك له؛ وقد ضمن بتعديه، وبذلك يبرأ غاصب الغاصب من الضمان عندهم، أما الغاصب فلا يرجع عليه بشيء؛ لاستقرار الضمان عليه وقد أداه فعلا إلى المالك.

وإذا اختار المالك تضمين الغاصب فإنه يرجع على غاصب الغاصب بالقيمة يوم غصبه بالغة ما بلغت؛ ولذا فإنه يضيع على الغاصب الفرق بين القيمتين إذا كانت قيمة العين يوم غصب الثاني أقل من قيمتها يوم غصب الأول وهي ما غرمه الغاصب^(١). إذ ليس للغاصب إلا أن يرجع على غاصب الغاصب بقيمة ما غصبه عند غصبه وقد تكون أقل مما كانت عليه وقت غصب الأول ولا عبرة بتغيرها بسبب تقلب الأسعار بعد ذلك، وإذا أتلّف المصنوع أجنبي وهو لدى الغاصب لزمته قيمته عند الإتلاف كائنه ما كانت. فإذا رجع عليه المالك بقيمته وكانت أقل من قيمته يوم الغصب كان له الرجوع بالفرق على الغاصب ولا رجوع للغاصب على المتلف؛ لأنه لا يسأل إلا عما أتلّفه وإن رجع بها على الغاصب وهي أقل من قيمتها وقت الإتلاف فلا رجوع للمالك على المتلف بشيء وإنما يكون للغاصب أن يرجع بقيمتها على المتلف؛ وقت إتلافها واختلاف القيمة بتغير السعر لا أثر له زيادة أو نقصا في حال الغصب عند المالكية على المشهور، ونقل عن مالك أنه معتبر في الغصب كما هو معتبر في حال التعدي كالفوات^(٢). ومن هذا يبين أنه لا فرق بين مذهبي الحنفية والمالكية في ذلك.

(١) الخرشي، ج ٦ ص ١٥٨.

(٢) الخرشي ج ٦ ص ١٦٢، مراج ٥ ص ٢٨١.

ويرى الشافعية أن غاصب الغاصب له حكم الغاصب الأول فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده ويطالب بكل ما يطالب به الأول. غير أنه لا يطالب بزيادة قيمة حدثت في يد الغاصب الأول فقط وزالت قبل غصب الثاني بل المطالب بها هو الأول وحده لأنه مطالب بأرفع قيمة للمغصوب مدة غصبه، إذ ضمان الغاصب لما غصبه يكون بأرفع قيمة كانت له بين غصبه وتلفه أي في مدة غصبه. ويتضمن الثاني يبرأ الغاصب الأول من الضمان لكونه كالكفيل لوصل المالك إلى حقه. وإذا أبرأ المالك الغاصب الثاني برئ الأول من الضمان أيضا، لأن الغاصب الثاني وقد تقرر الضمان عليه أصبح المطالب به نهائيا وكان أدائه إسقاطا لهذا الضمان فسقط تبعا لذلك عن الأول دون العكس. ولا فرق في هذه الحال بين أن يكون الغاصب الثاني عالما بالغصب أو جاهلا به^(١).

يد المشتري من الغاصب:

مذهب الحنفية

يرى الحنفية أنه إذا اشترى شخص مالا مغصوبا من غاصبه كانت يده عليه إذا قبضه يد ضمان. فيضمنه بتلفه أو بإتلافه سواء أكان عالما كالغصب أم غير عالم وذلك محل اتفاق. ولمالك المال إذا ما تلف عند المشتري أن يتبع من شاء منهما، فإذا ضمن الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم على اختلاف الرواية في ذلك جاز البيع ونفذ؛ لأنه بالتضمن تملك المغصوب ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وتبين أنه قد باع ما يملك ولا رجوع للمشتري حيثثذ على البائع الغاصب بشيء؛ لأن تلف المبيع في هذه الحالة يكون في ضمانه فيستقر الضمان عليه.

وإن ضمن المشتري قيمته بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأنه تبين أنه قد أخذه بغير حق وليس له أن يرجع على البائع بالضمان، وذلك لتقرير الضمان عليه بسبب من قبله وهو وضع يده وتسلمه لما ليس مالا له ويضمنه بتملكه من وقت تسليمه وقبضه. وبذلك يتبين أنه إنما اشترى ملك نفسه فلذا يرجع بالثمن، أما ما غرمه من قيمة فقد كان نتيجة ضمان بسبب من قبله فاستقر عليه، ولا رجوع على الغاصب الأول؛ لدخوله على الضمان وقد سبق أن هناك روايتين فيما يجوز أن يضمنه الغاصب

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٥.

في هذه الحال: إحداهما أن للمالك أن يضمه القيمة وقت الغصب، والأخرى أن له أن يضمه القيمة وقت البيع والتسليم. وذكرنا وجه كل من الروایتين^(١).

غير أن المالك إذا ضمن الغاصب القيمة وقت التسليم وهو وقت التعدي بسببه - عند من يرى ذلك - فقد جاء في بعض الكتب أنه لا يترتب على ذلك نفاذ عقد الشراء، لعدم تقدم ملك البائع عليه، ويتبين على هذه الرواية أن الغاصب باع مالا يملك إذ لم يملك إلا بعد العقد، أي عند التسليم وهو وقت التعدي به، ويكون بيعه لذلك بيعا لا يترتب عليه استحقاقه الثمن، فإذا كان قد دفعه إليه المشتري استرده منه وللغاصب حيثنذ الرجوع على المشتري بما ضمن من قيمة إذا ما تلف المال المغصوب تحت يده لتقرر الضمان عليه.

وجاء في البدائع أن تضمين الغاصب في الحالين يترتب عليه نفاذ البيع وذلك محل نظر في رأيي، لأن ملك الغاصب كما قالوا يستند إلى وقت التعدي وأول ما تعدي كان بالغصب فكان وقت تعديده بناء على ذلك هو وقت الغصب وهو سابق على البيع - واختيار المالك تضمين القيمة وقت التسليم باعتباره وقتا لتعد آخر حادث لا يرفع تعديده على ماله بالغصب، والضمان كما ذكروا يستند إلى وقت التعدي وهو يبدأ من وقت الغصب. ولعل وجه الرواية الأولى أن اختيار الضمان بالقيمة وقت التسليم يحدد وقت هذه المبادلة، وهي أساس الملك فكان الملك بناء على ذلك ثابتا من ذلك الوقت وهو قبل إجراء العقد.

مذهب المالكية

وذهب المالكية إلى أن من اشترى من غاصب ما غصبه وظل على حاله حتى ظهر مالكة فاستحقه وهو في يد المشتري أو في يد البائع فليس للمالك تضمين الغاصب قيمته، لقيام المغصوب وعدم فواته وإنما يكون له الخيار بين أمرين: إما أن يسترده من ذي اليد عليه بائعا كان أو مشتريا، وإما أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من الغاصب إن كان قد قبضه وإلا أخذه من المشتري، وإلى هذا يذهب الحنفية والحنابلة على رواية عندهم، خلافا للشافعية الذين يرون البيع باطلا لا تفيده إجازة، ويظهر أنه لا فرق في هذه الحالة

(١) راجع البدائع ج ٧ ص ١٤٥.

بين أن يكون المشتري عالماً بالغصب أو جاهلاً به، إذ الحكم باسترداد المبيع حين قيامه أو نفاذ البيع بالإجازة لا يختلف بين حال العلم والجهل. أما إذا تلف عند المشتري فإن كان تلفه بإتلاف المشتري عن عمد كان كان البيع ثوباً فلبسه حتى أبلاه أو طعاماً فأكله ثم ظهر مستحقه فلذلك حالتان:

إحدهما: أن يكون المشتري جاهلاً بالغصب. وفي هذه الحال يكون المالك المستحق بالخيار إن شاء أتبع المشتري بقيمته يوم تعديه عليه بقبضه أو بأكله، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإذا كان تلف الثوب عند المشتري في هذه الحال بسبب سماوى لم يضمنه وإنما يضمنه عند إتلافه.

فإذا ضمن المشتري قيمته يوم اعتدائه لم يرجع المشتري على الغاصب بما غرم لاستقرار الضمان عليه بتعديه، وإنما يرجع عليه بما دفعه إليه من ثمن لظهور أنه لا يستحقه وأنه قد قبضه بغير حق، إن كان الثمن قد أدى إليه.

وإن ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه نفذ بيعه واستحق منه ثمنه لظهور أنه قد باع ما يملك ووجب على المشتري أداء ثمنه للغاصب.

وإن أجاز البيع استحق بالإجازة ثمن المغصوب المبيع وأخذه من الغاصب إن كان مليئاً، وإلا رجع به على المشتري. ذلك ما جاء في شرح الخرشي وقد علق عليه العدوى بأن هذا القول غير الراجح في المذهب وأن الراجح فيه أن المالك يتبع الغاصب بالثمن وإن كان معسراً إذا كان قد قبضه.

وإذا تلف الثمن بيده لم يكن له الرجوع به على المشتري بل يكون على الغاصب ضمانه، إذ بقبضه الثمن أصبح في ضمانه وقد برئ منه المشتري بأدائه.

وإذا استغل المشتري المبيع في هذه الحال «حالة جهله بالغصب» كانت الغلة له، لإقدامه على ذلك بشبهة الملك ولأن المبيع كان في ضمانه، والخراج بالضمان. وإذا كان تلف المغصوب في هذه الحال بأفة سماوية فلا ضمان عليه للمالك، لعدم تعديه حيثئذ في تلفه. أما إن كان بإتلاف المشتري عن خطأ ففيه تأويلان: قيل أنه كالعمد في الحكم، إذ لا فرق بين العمد والخطأ في الأموال، وقيل أنه كالتلف السماوى فلا ضمان عليه، وعلى ذلك لا ضمان على المشتري في حال جهله بالغصب إلا بتعديه بالإتلاف، وعند ذلك لا يرجع على الغاصب بما يغرم؛ لاستقرار الضمان عليه.

ثانيتها: أن يكون المشتري عالما بغصب البائع . وحكمه حيثذ يكون حكم الغاصب نفسه، وللمالك أن يرجع على أيهما شاء . وإذا استغل المشتري المال المغصوب كانت الغلة للمالكه وبعد غريما ثانيا للمالك، فإن تبع المالك الغاصب لم يكن للغاصب أن يتبع المشتري منه وإن تبع المالك المشتري منه لم يتبع المشتري الغاصب كذلك . وللمشتري حيثذ أن يسترد الثمن من الغاصب إذا كان قد دفعه إليه لظهور أنه قد أخذه بغير حق، وذلك لبطلان العقد حيثذ^(١) . ويقضى هذا أن للمالك الرجوع على أيهما شاء، ويتقرر الضمان على من يرجع عليه لاستقلال كل منهما بسبب يترتب عليه الضمان؛ ولذا لم يكن لأحدهما أن يرجع على الآخر كما ذكرنا، خلافا للحنفية، إذ يرون أن الضمان يستقر على المشتري لدخوله على ضمان .

وجملة القول في أيدي الضمان فيما يرى المالكية أنه يعد من أيدي الضمان كل يد صارت إليها العين المغصوبة بشبهة ملك كالشراء والإرث وغير ذلك عند عدم العلم بالغصب . وفي هذه الحال لا تكون الغلة التي استفادها صاحب اليد للمالك المغصوب ولا يلزم صاحب اليد بكراء إذا ما انتفع فلا يعطى كراء أرض زرعتها إذا كان استحقاقها بعد أيام الزراعة . أما إذا كان قبل ذلك فإنه يلزم بقاع الزرع، وإذا أحدث فيها بناء فليس للمالك هدم البناء بل يقال له : أعطه قيمة بنائه قائما فإن أبى قيل للآخر : أعطه قيمة أرضه فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة أرضه وذاك بقيمة بنائه . وكذلك تعد من أيدي الضمان عندهم ما كان القبض فيها على وجه انتقال الملك إلى القابض سواء أكان ذلك بشراء أم بهبة أم بوصية، وسواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا، وسواء أكان ذلك عند العلم بالغصب أم عند الجهل به، وكذلك القبض على وجه العارية أو على وجه الرهن فيما يغاب عليه^(٢) .

مذهب الشافعية

ولا يختلف مذهب الشافعية عن مذهب الحنفية والمالكية في أن كل يد حلت محل يد الغاصب يد ضمان، وإن كانت في أصلها يد أمانة، وذلك كيد وكيل الغاصب في رد المغصوب إلى مالكه ويد وديعه، وفي عدم التفرقة بين حال العلم بالغصب وحال

(١) الخرشي ج ٦ ص ١٦٩ . والمراق ج ٦ ص ٢٩٠ .

(٢) ص ٣٦٤ من قوانين الأحكام وبنى غزى .

الجهل به في ثبوت الضمان، وهذا إذا لم تستند اليد التالية ليد الغاصب في قبضها إلى إذن من مالك المال المقتضوب صراحة أو عرفاً أو إذن من الشارع؛ ولذا كانت يد وكيل المالك في استرداد المال المقتضوب من غاصبه يد أمانة، وكانت يد الحاكم أو يد نائبه إذا ما أخذه من غاصبه عند علمهما بغصبه يد أمانة لأنها يد وضعت لرفع العدوان فلم تكن يد ضمان، وكانت يد غاصب الغاصب ويد المشتري من الغاصب ويد وارث الغاصب ونحوهما يد ضمان لأنها يد وضعت على مال مملوك لغير صاحبها بدون مسوغ شرعي، وكانت كل يد استندت إلى يد الغاصب يد ضمان سواء كانت في أصلها أمانة - أو يد ضمان لذلك السبب كيد المستعير من الغاصب ما غصبه ويد مقترضه منه ويد مرتهنه منه ويد قابضة منه على سبيل العموم ويد مشترية منه، لأن أصحاب هذه الأيدي قد وضعوا أيديهم على مال لغيرهم بدون إذن منه، وكذلك الوضع في الهبة فإنها للتملك، وذلك يعني الضمان؛ ولذا كانت اليد في الوديعة والقراض والشركة يد ضمان كذلك، ويستقر الضمان في هذه الأيدي الأخيرة على الغاصب لدخول أصحابها على وجه النيابة عن الغاصب فلا رجوع للغاصب عليهم إذا غرم ويرجعون عليه إذا غرموا، بخلاف الحكم في الأيدي السابقة عليها كما سيأتي.

وإذا أتلف أحدهم المال المقتضوب استقر الضمان عليه سواء أكانت يده في الأصل يد ضمان أم يد أمانة؛ لأن الإلتلاف أقوى من اليد العادية^(١). إلا إذا كان ذلك نتيجة لحمل الغاصب غاصب الغاصب عليه لغرض له - كما في أمره بذبح الشاة المقتضوبة، فإن قرار الضمان حيثئذ يكون على الغاصب، وإذا قدم الغاصب ما غصبه من طعام إلى ضيفه فأكله وهو جاهل بالغصب فالظاهر أن استقرار الضمان عليه لغروره ضيفه ولأن ما حدث كان في مصلحته، إذ العادة تقضي بإطعام الضيف.

وذهب المالكية إلى تضمين الأكل نظراً إلى حدوث الإلتلاف منه إذا كان الغاصب معدماً أو لا يقدر عليه، وإلا كان الضمان على الغاصب^(٢).

أما عند علم الضيف بالغصب فإن حكمه حكم الغاصب فيتخير المالك في اتباع أحدهما. كما يخير في حال إكراه الغاصب على الغصب ولكن جاء في صفحة

(١) نهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٥٤ وما بعدها.

(٢) الخرشي ج ٦ ص ١٥٢.

١٦٣^(١). أن من غصب طعاما فقدمه إلى ربه ضيافة فأكله برئ من ضمانه؛ لأن ربه باشر إتلافه وسواء في ذلك علم الآكل وجهله بالغصب فلعل في ذلك روايتان ومحل ذلك قبل الفوات، ونتيجة ذلك أن يد المشتري من الغاصب يد ضمان فيضمن ما اشتراه ويستقر عليه الضمان ويضمن المالك أيهما شاء لتعديه الغاصب أو المشتري منه.

وفي قول إذا كان المشتري جاهلا بالغصب استقر الضمان على الغاصب البائع، فإذا ضمن رجوع على الغاصب بما ضمن؛ لظهور أن البيع وقع باطلا لإقدام البائع على بيع ما لا يملك فلا يستحق إزاءه عوضا بمقتضى العقد. فإذا كان قد قبض الثمن رجوع به المشتري عليه كما يرجع عليه بما غرم لغروره، أما عند علمه بالغصب فإن الضمان يستقر عليه عند التلف ولا رجوع له على الغاصب بما ضمن لأن تعريف الغصب صادق عليه؛ ولذا لا يرجع على الغاصب إذا ما ضمنه المالك ما تلف عنده. أما على القول الأصح فإن الضمان يستقر على المشتري علم أم جهل لدخوله على الضمان.

مذهب الحنابلة

ويرى الحنابلة رأى غيرهم أيضا في أن كل يد حلت محل يد الغاصب على الوضع الذي سبق بيانه تعد يد ضمان يترتب عليها تضمين صاحبها إذا اختار المالك تضمينه، غير أن رجوعه بما غرم على الغاصب أو استقرار الضمان عليه يتبين حكمه مما يلي:

أولا: إذا حلت يد محل يد الغاصب بناء على تملك بعوض أو بغير عوض كيد المشتري منه ويد المقرض إذا ما أقرض الغاصب ما غصبه ويد الموهوب له إذا جعل المغصوب هبة ويد الزوجة إذا جعل المغصوب مهرا لها ويد الزوج إذا جعل بدل خلع، ونحو ذلك من كل يد لقابض تسلم المغصوب على هذا الوضع مع العلم بالغصب فإنها في هذه الحال تعد يد ضمان يكون المالك معها مخيرا بين تضمين الغاصب وتضمين القابض منه عند تلف ما في يده فإن ضمن الغاصب رجوع الغاصب على القابض منه بما غرم؛ لحصول التلف في يده، وهي يد ضمان عادية إذا كان على علم بالغصب فيستقر الضمان عليه. وإن ضمن القابض لم يرجع القابض بما غرم على أحد لاستقرار الضمان عليه لإقدامه على بصيرة مما فعل.

وإذا حدث نقص فى المال المقتضوب لدى الغاصب قبل إقباضه أو كانت له أجرة فضمان ذلك على الغاصب وحده دون القابض، فلا يرجع به المالك على القابض؛ لأن تلفه لم يكن تحت يده.

وإذا حدث ذلك مع جهل القابض بالغصب فالمشهور فى المذهب أن حكمه حكم الغاصب بالنسبة إلى ضمان قيمة المقتضوب ومنفعته من وقت قبضه لا قبل ذلك مع ثبوت الحق له فى رجوعه على الغاصب بما لم يلزمه ضمانه بمقتضى العقد الذى كان القبض ثمرة له لعدم دخوله على ضمان، وإذا لم يحصل له به نفع وضمنه المالك منفعته على أساس أنه غاصب كان له حق الرجوع على الغاصب، وإن حصل له نفع ففى استقرار الضمان عليه بما غرم فى ذلك روايتان. أما ما يلزمه ضمانه بمقتضى ذلك العقد فلا يحق له أن يرجع به على الغاصب، لاستقرار الضمان عليه بدخوله على الضمان.

فإذا كان العقد عقد بيع مثلا كان مقتضاه إلزام المشتري بضمان المبيع بثمنه حتى لو تلف فى يده تلف عليه بثمنه، وهذا بخلاف منافعه فإنها إنما تكون للمشتري تبعا للعين المبيعة فلا ضمان عليه لأحد فيها - فى رواية - لأن الخراج بالضمان، وعلى ذلك لا يضمنها المشتري.

وعقد الإجارة يقتضى أن المنفعة مضمونة على المستأجر بالأجرة، والعين فى يده أمانة فإذا تلفت العين فغرمها رجع بما غرم على الغاصب دون أن يكون له حق الرجوع بمنفعتها؛ لأن ضمانها عليه بمقتضى عقد الإجارة.

والوديعة عقد يقتضى عدم ضمان العين ومنفعتها جميعا فيرجع بما يغرره منها على الغاصب لتفريده.

وعقد العارية يقتضى ضمان العين دون منفعتها إذ يضمن المستعير العين المعارة عند تلفها، ولو جهل بالغصب وذلك أثر من آثار عقد الإجارة فيرجع بالمنفعة على المعير إذا غرم بدلها دون العين فلا يرجع بقيمتها إذا ما أتبعه المالك فغرم له قيمتها؛ لأنه دخل على ضمانها بخلاف أجرة العين المعارة فيرجع بها إذا غرمها لأنه دخل على أنها غير مضمونة عليه. وقيل لا يرجع بالأجرة لانتفاعه بالمنافع وهى بدل عنها وبذلك استوفى بدل ما غرم.

ومؤدى ذلك أنه إذا ضمن المالك المشتري من الغاصب أو المستعير منه منفعة العين المغصوبة عند تلفها رجع المشتري والمستعير على الغاصب بقيمة المنفعة لأنها غير مضمونة عليه ولا يرجعان بقيمة العين لاستقرار الضمان عليهما لدخولهما فى عقد البيع والعارية على ضمانها. وفى رواية لا يرجع المشتري بقيمة المنفعة لأنها تبع للعين والقيمة التى تلزم الغاصب فى رواية هى أعلى قيمة من حين الغصب إلى وقت التلف والتى تلزم المشتري هى أعلى قيمة من حين القبض إلى وقت التلف؛ لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه وإن كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وإن شاء رجع على المشتري بما يخص مدته ويكون الباقي على الغاصب.

أما المستأجر من الغاصب فإن حكمه عند جهله بالغصب على عكس حكم المشتري والمستعير، إذ يستقر عليه ضمان المنفعة دون ضمان العين؛ لأنه دخل على ضمان المنفعة دون العين. فإذا ضمن المالك الغاصب العين ومنفعتها فى المدة رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة فقط. وإن ضمن المستأجر العين ومنفعتها رجع على الغاصب بقيمة العين فقط. وهذا عند عدم علمه بالغصب، أما عند علمه به فإن المستأجر يستقر عليه ضمان العين لدخوله على بصيرة وهلاك العين فى يده^(١).

أما الوديع والموهور والوكيل عن الغاصب والمرتهن والموصى له بالمنفعة من الغاصب فهم ضامنون للعين والمنفعة جميعاً عند جهلهم بالغصب، فإذا ضمنهم المالك العين ومنفعتها بعد التلف فى أيديهم رجعوا بهما على الغاصب للتغير، ولأنهم لم يدخلوا على ضمان شئ منهما، وإن ضمن الغاصب ذلك لم يرجع عليهم بشئ أما عند علمهم بالغصب فهم كالغاصب فيستقر عليهم الضمان ومن ثم فلا رجوع لهم عليه.

هذا، ويلاحظ أن بيع الغاصب ما غصبه وإجارته إياه عقدان فاسدان لا يمتلك بهما الغاصب شيئاً من الثمن أو من الأجرة؛ ولذا كان لكل من المشتري منه والمستأجر أن يستردا ما دفعه إليه من ذلك على أية حال من علمهما بالغصب أو من جهلهما به، وذلك لعدم ملك الغاصب ما باعه أو أجره.

وإذا أراد المالك أن يرجع على الغاصب عند بيعه المال المغصوب بما أخذه من ثمن بدلا عن قيمته فقياس المذهب يقضى بأن له ذلك، وهو قياس مذهب الحنفية، لاعتبار ذلك إجازة منه لبيع الغاصب عند من يرى أنه من قبيل بيع الفضولى.

(١) المغنى ج ٥ ص ٤١٣ القواعد لابن رجب ص ٢١٠ وما بعدها.

أما يد المتصرف في المال المغصوب بالتنمية بناء على عقد بينه وبين الغاصب وذلك كيد المضارب والشريك والمزارع عند تلف المال في أيديهم فهي أيضا يد ضمان يكون للمالك المال معها حق الرجوع عليهم بالقيمة عند التلف. غير أن لهم حينئذ أن يرجعوا على الغاصب بما غرموا لاستقرار الضمان عليه وبأجرة عملهم في المال بناء على غرورهم، لأنهم لم يدخلوا على ضمان شيء من ذلك، وإذا كانت لهم حصة في الربح والثمرة عند قيام ذلك وقد تلفت في أيديهم فإن تلفها حينئذ عليهم، وإذا غرموها للمالك لم يرجعوا بها على الغاصب، لعدم تعديه عليها إذ لم يكن لها وجود في يده.

استقرار الضمان عند توالي الأيدي العارية:

وخلاصة ما سبق بيانه في أحكام استقرار الضمان أنه إذا توالى أيدي الضمان وتلفت العين تحت اليد الثانية فقد ذكرنا أن للمالك العين الخيار في أن يضمن صاحب اليد الأولى، لا اعتدائه باستيلائه على مال لغيره عدوانا وأن يضمن صاحب اليد الثانية لوضع يده بغير حق على مال لغيره وتلفه عنده، وذلك بلا خلاف بين جميع المذاهب، وهذا ما اقتضى النظر في بيان من يستقر عليه الضمان منهما حتى إذا أتبع المالك أحدهما رجع على الآخر بما غرم، وإذا أتبع الآخر لم يرجع على الأول. وقد ذكر صاحب البدائع ما يرجع إليه في بيان ذلك من قواعد الحنفية.

١ - إذا كان تلف العين المغصوبة بإتلاف صاحب اليد استقر الضمان عليه عالما بالغصب أو جاهلا به. وذلك محل اتفاق بين جميع المذاهب. ولكن إذا حملة الغاصب على الإتلاف فأمره به على أساس أن المال له لغرض يبتغيه وكان جاهلا بالغصب - كأن أمره ببيع شاة غضبها والمأمور لا يعلم بالغصب فإن الضمان يستقر على الغاصب الأمر باتفاق، لغروره المأمور.

أما إذا كان المأمور عالما بالغصب فإن الضمان يستقر عليه دون الأمر لإتلافه وعدم وجوب الطاعة عليه، ولكن إذا كان المغصوب طعاما فقدمه الغاصب إلى صاحبه فلا ضمان على الغاصب لتحقيق الرد الواجب عليه بذلك وخروجه به من عهدة الضمان وعلم الأكل بالغصب وجهله سواء في الحكم^(١)، خلافا للشافعي، إذ يرى أنه إذا أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه لا يبرأ، لأنه غره.

(١) البدائع ج ٧ ص ١٥٠.

٢ - يستقر الضمان على غاصب الغاصب علما بالغصب أم جاهلا به؛ لأنه متعدد على وجه يقتضى تضمينه وقد تلفت العين المغصوبة تحت يده، ولأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب فضمنه قيمة العين المغصوبة ملكها ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وبذلك يظهر أن غاصب الغاصب حين غصب العين إنما غصبها وهى مملوكة لغاصبها الأول فكان ضامنا له ما اعتدى عليه من ملكه. وإذا اختار تضمين غاصب الغاصب فقد ضمنه لتعديه ولهلاك العين تحت يده الضامنة العادية فلم يكن له أن يرجع على الغاصب الأول.

وبضمانه قيمتها وقت تعديه بالغة ما بلغت يملكها من ذلك الوقت وبأداء هذه القيمة إلى المالك يعد المالك مستوفيا حقه وكأن العين المغصوبة قد عادت إليه، غير أن قيمتها حين غصبها المرة الثانية قد تكون أقل من قيمتها حين غصبها الأول، وعندئذ يكون المالك غير مستوفٍ لجميع حقه، وإن شئت قلت يعتبر أن العين قد عادت إليه ناقصة بسبب تعدى الغاصب الأول فكان للمالك عندئذ أن يضمن الغاصب الأول الفرق بين القيمتين.

٣ - يستقر الضمان فى النهاية على المشتري من الغاصب إذا باعها الغاصب سواء أكان المشتري علما بالغصب أم جاهلا به؛ ذلك لأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب فإنه بالضمان يملك العين المغصوبة ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وبذلك يتبين أنه حين باعها إنما باع ما يملك ويظهر بذلك نفاذ البيع وثبوت الملك للمشتري منذ اشترى وأن هلاكها كان على ضمانه؛ لأنه المالك وعليه للبائع ثمن العين المغصوبة لشرائها ولا رجوع للغاصب عليه بما غرم للمالكها من قيمة؛ لأنه تملك العين المبيعة بها وترتب على ذلك نفاذ بيعها واستحقاقه لثمنها.

وإن اختار تضمين المشتري ملكها المشتري من وقت تسلمها، ويتبين بذلك عدم صحة البيع وأن البائع قد باع مالا يقدر على تسليمه لشغلها بملك الغير. وبناء على ذلك لا يستحق ثمنًا قبل المشتري، ويرجع عليه المشتري به إن كان قد أداه إليه ثم ليس له أن يرجع بما غرم للمالك من قيمة وهى قيمة العين وقت تسليمها؛ لأنه دخل على ضمان العين سواء كان يعلم بالغصب أو يجهله. أما إن كان يعلمه فالأمر ظاهر لأنه متعدد دخل على بصيرة وعلى ضمان فانتفى الغرور نهائيا، وإن كان يجهل فقد دخل على ضمان دون غرور من البائع - ومن الفقهاء من ذهب إلى أن للمشتري حيثن أن يتبع

الغاصب الذي باعه العين بما غرم من قيمة بناء على التزامه بإيجابه البيع تمليكاً واعتماد المشتري على يده الظاهرة التي لولاها ما أقدم على الشراء منه فكان ذلك كافياً في تحقق غروره ولم يكن شأنه مع المشتري بأقل من شأن المودع مع وديعه بالنظر إلى حلوله محله، هذا في الملكية وهذا في الحفظ، ومن قال بذلك بعض الشافعية.

٤ - يستقر الضمان على المودع إذا تلفت الوديعة عند المودع وفي حكم المودع المضارب والمزارع المساقى وغيرهم من الأمناء يعطى إليهم المال للعمل فيه لمصلحة ماله.

فإذا اختار المالك تضمين الغاصب لم يرجع على المودع، لأنه تبين أنه قد أودع ما يملكه وأنه أقام المودع مقامه في الحفظ فكانت يده يد المالك وكان هلاكه على ماله، وإن ضمن المودع رجوع على الغاصب؛ لأنه قد غره بأن أقامه مقام نفسه في الحفظ والرعاية ولم يدخل على ضمان وإنما دخل على أنه أمين وهذا إذا كان المودع جاهلاً، أما إذا كان عالماً بالغصب فهو غاصب يستقر عليه الضمان ومثله في الحكم من ذكرنا.

٥ - يستقر الضمان على المؤجر فإذا ضمن المالك المستأجر يرجع على المؤجر، لأنه كالوديع بالنظر إلى العين المستأجرة، عليه حفظها وكانت يده عليها سبيلاً إلى استيفاء حقه منها بإذن مالكها فكانت يده يد مالكها وكان في وضع يده مغروراً كالوديع. وإن ضمن المؤجر لم يرجع على المستأجر؛ لأن المستأجر لم يدخل على ضمان، وهذا إذا كان المستأجر جاهلاً، أما إذا كان عالماً فهو غاصب يستقر الضمان عليه.

٦ - يستقر الضمان على الراهن - والحكم في المرتهن من الغاصب كالحكم في المستأجر، لأنه يعد مغروراً في وضع يده فكان له حق الرجوع على الراهن الغاصب عند تلف العين وضمانه قيمتها للمالك، والغرور في هذه الحال بين؛ لأن المرتهن إنما وضع يده استيثاقاً لدينه ولا استيثاقاً في المغصوب؛ ولأنه أيضاً لم يدخل على ضمان، وهذا إذا كان جاهلاً فإن كان عالماً كان غاصباً واستقر الضمان عليه.

٧ - يستقر الضمان على المستعير فإذا أعار الغاصب ما غصبه فهلك في يد المستعير كان للغاصب الخيار في تضمين أحدهما؛ لاعتداء كل منهما اعتداء يستوجب الضمان، الغاصب بغصبه والمستعير بوضع يده وهلاك المغصوب تحتها، وإذا ضمن أحدهما لم يرجع على الآخر، أما الغاصب، فلأنه بضمانه تبين أنه أعار ملك نفسه

فهلك في يد المستعير فكان ضمانه عليه، وأما المستعير فلأنه قد استفاد ملك المنفعة مجاناً والغرم بالغنم ولم يتحقق غروره، لاستفادته ملك المنفعة بالمجان وسواء في ذلك أن يكون المستعير عالماً بالغصب أم جاهلاً - ولا شك أن ذلك محل نظر؛ إذ الغرور من المعير واضح بين، ولم يدخل المستعير على ضمان العين المستعارة حتى يكون حكمه حكم المشتري، وهذا استثناء من قاعدة عدم استقرار الضمان على من لم يدخل على ضمان.

مذهب الشافعية والحنابلة

وزهب الشافعية والحنابلة إلى أن استقرار الضمان يتبع الأصول السابقة التي سبق بيانها في بيان الأيدي الضامنة عند الحنابلة وتتلخص فيما يلي:

أولاً - يستقر الضمان على صاحب اليد الثانية إذا كان على علم بالغصب في جميع الأحوال وذلك لدخوله على بصيرة وانتفاء غرور سواء أدخل على ضمان أم لا كالمشتري من الغاصب ووديع الغاصب ومن في حكمهما، وفي حكم المبيع كل عين جعلت صداقاً أو بدل خلع أو بدل طلاق أو بدلاً عن قرض أو بدلاً في تخارج وكذلك الحكم في كل حال تكون العين فيها قد أعطيت على وجه التملك لذی اليد الثانية سواء أكان ذلك بعوض أم بغير عوض كما في الهبة^(١)، ففي هذه الأحوال كلها إذا أتبع المالك الغاصب رجع الغاصب على صاحب اليد الثانية، لاستقرار الضمان عليه وحصول التلف تحت يده، وإن أتبع صاحب اليد الثانية لم يرجع على الغاصب بما غرم.

ثانياً - إذا كان صاحب اليد الثانية جاهلاً بالغصب فتحت ذلك صورتان: الأولى أن يدخل على ضمان ما وضع يده عليه، والثانية ألا يدخل على ضمان.

ففي الحال الأولى «دخوله على الضمان» يستقر عليه الضمان، لأنه دخل على هذا الأساس والتبعة عليه، إذ لم يتحرر حقيقة اليد التي اعتمدها وذلك كغاصب الغاصب والمشتري من الغاصب وكل من وضع يده بنية التملك مع الجعل بالغصب.

الحال الثانية «عدم دخوله على الضمان». وفي هذه الحال يستقر الضمان على الغاصب لتغريره الثاني، إذ إنه إنما دخل على أن يكون المال أمانة في يده إلى حين، وقد اعتمد اليد الظاهرة للغاصب أمانة على ملكه فكان على الغاصب بسبب ذلك استقرار

(١) يرى الحنفية أن يد الموهوب في الهبة الفاسدة تعد يد ضمان كما في البيع الفاسد؛ إذ تعد يد المشتري فيه يد ضمان.

الضمان. وهذا بخلاف الحال الأولى؛ إذ دخل صاحب اليد الثانية على أن يكون المال في ضمانه فأمر الضمان يستقر عليه لعدم غروره، وعلى ذلك كان الحكم في كل من الوديعة والمضارب والشريك والمساقى والمزارع إذا ما تلف المال في أيديهم، إذ لا يستقر الضمان عليهم؛ لأنه إنما يتلف على ضمانهم عند العلم وعلى ضمان الغاصب عند الجهل، فإذا غرم الغاصب لم يرجع عليهم.

مذهب المالكية

وذهب المالكية إلى أن وارث الغاصب والمشتري من الغاصب ومن وهبه الغاصب العين المغصوبة إذا علموا بالغصب كان حكمهم حكم الغاصب في ضمان العين المغصوبة عند تلفها في أيديهم، فيضمنون المثلثي بمثله والقيمي بقيمته وكذلك في ضمانهم غلتها المغصوبة إذا استغلوها ولم تفت العين، فإن فاتت لم يكن للمالكها إلا اختيار التضمن بالقيمة أو التضمن بقيمة الغلة؛ إذ لا يجمع بين غلة العين المغصوبة وقيمتها - وكذلك يكون حكمهم حكمه في ضمانهم ما تلف بسبب سماوى، إذ يكون الخيار للمالك في الرجوع على أيهم شاء كما يرجع على الغاصب، غير أنه إذا رجع على أحدهم ابتداء لم يرجع على الغاصب لاستقرار الضمان على من تلف عنده المغصوب بسبب علمه بالغصب وانتفاء غروره عند ذلك. وللمشتري في هذه الحال أن يسترد الثمن من الغاصب إذا كان قد أداه إليه وتكون الغلة للمشتري فلا يرجع بها للمالك على الغاصب، لأنه لم يستعمل ولا على المشتري، لأنه صاحب شبهة، وكذلك الحكم في الوارث والموهور.

وإذا جهلوا بالغصب لم يضمنوا التلف السماوى إن كان التالف مما لا يغاب عليه أو يغاب عليه وقامت البيئة على تلفه.

والمراد بعدم ضمانهم في هذه الحال أنهم لا يكونون غرماء للمالك بل يرجع المالك على الغاصب في هذه الحال بالقيمة دون أن يكون له حق في الرجوع عليهم، وبذلك يتبين ملك الغاصب وينفذ تصرفه ويستحق الثمن من المشتري فيقبضه إن لم يكن قد قبضه.

ويضمنون ما كان من تلف عن عمد منهم، لتعديهم بالإتلاف.

أما ما كان عن خطأ ففيه تأويلان، قيل: إن حكمه حكم العمد لأن الخطأ والعمد في الأموال سواء وقيل: حكمه حكم السماوى.

وعلى هذا يكون استقرار الضمان في السماوى على الغاصب.

وفى حال الشراء من الغاصب يخير المالك بين الرجوع على الغاصب بالقيمة وقت الغصب والرجوع على المشتري بالقيمة وقت إتلافه، فإن كانت أقل من القيمة وقت الغصب رجع المالك على الغاصب بالفرق كما يرجع المشتري على الغاصب بالثمن إن كان قد دفعه والغلة للمشتري إذا استغل.

وفى الهبة يرجع المالك على الغاصب بالقيمة يوم الغصب أو بالغلة التى استغلها الموهوب إذ لا يجمع بينهما كما تقدم، فإن كان الغاصب معسرا أو غير موجود أو لا يمكن الرجوع عليه لسبب من الأسباب رجع المالك على الموهوب؛ لأنه المستهلك ولا يرجع الموهوب على الغاصب عندئذ بشيء كما أنه إذا غرم الغاصب عند يساره لم يرجع على الموهوب - وفى مسألة الوارث يخير المالك على الصورة التى خير عليها فى مسألة الشراء إذا كانت التركة موجودة^(١).

أيدي الضمان الأخرى

اليد على المال قد تكون مبتدئة لم تسبق بيد أخرى عليه وقد تكون تالية ومرتبة على يد سابقة. وفى الحالين قد تكون اليد المبتدئة أو السابقة يد ضمان وقد تكون يد أمانة، وقد ذكرنا فيما سبق متى تكون اليد يد ضمان ومتى تكون يد أمانة، كما ذكرنا حكم كل منهما وأن اليد عند ابتدائها تكون يد ضمان إذا لم تستند فى وضعها على المال إلى إذن من مالكة صراحة أو ضمنا أو عرفا، أو إلى إذن من الشارع أو استندت إلى ذلك ولكن دل الدليل على تضمين صاحبها، أو كانت كما يرى الشافعية والحنابلة فى مصلحة صاحبها، وإن وضعت بإذن من المالك استنادا إلى قاعدة الغرم بالغنم؛ لأن القابض حين يقبض المال المخصوب لمنفعة نفسه خاصة دون بدل يلزمه كان ذلك غنما له يقتضى فى مقابله غرما عليه هو ضمان القيمة عند التلف.

(١) البدائع ج ٧ ص ١٤٤ وما بعدها، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٥، ١٩١ وما بعدها، كشف القناع ج ٢ ص ٣٥٤، منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٤٩، المغنى ج ٥ ص ٤١٢، مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٨، البهجة ج ٢ ص ٣٣، المراق ج ٥ ص ٢٩٠.

أما إن كانت المنفعة للمالك خاصة فإنها تكون يد أمانة كيد الوديع ؛ لأن القابض نائب عنه ويعمل له .

وإن كانت لمنفعتيها جميعا كانت العبرة بأعظم المنفعتين كيد المستأجر على العين المستأجرة فإن منفعة المالك من يد المستأجر تتمثل في استحقاقه الأجرة وحصوله عليها مع قيام المستأجر بالمحافظة على العين ورعايتها وذلك أعظم من منفعة المستأجر التي تتمثل في انتفاعه بها مع قيامه بدفع أجر مقابل ذلك ولذا كانت يده يد أمانة .

وقد أشرنا إلى ما في ذلك بين الفقهاء من خلاف مرده إلى اختلاف النظر في وجود إذن من المالك ، كما في إقدام شخص على أخذ المال من غاصبه لرده إلى مالكه أو إذن من الشارع . كما في قيام شخص بتعليق قنديل في مسجد لإنارته دون أن يكون من خدمته إذا ما سقط القنديل فأتلف مالا - أو في دلالة الدليل على التضمن كما في يد المستعير إذ قد تختلف الحنفية والشافعية في دلالة حديث صفوان بن أمية على التضمن كما سيأتي . وهذا فيما يختص باليد المبتدئة .

أما في اليد المترتبة أو المتفرعة عن يد أخرى فقد بينا أن كل يد ترتب على يد عادية على الوجه الذي شرحناه تعد يد ضمان ؛ لأنها استمرار للاعتداء على المال والاعتداء على المال سبب لضمانه ، غير أنها قد ترتب على يد غير عادية ومع ذلك تكون يد ضمان إما نتيجة لعقد أو شبه عقد أدى إلى أن تكون يد ضمان ، وإما لسبب آخر اقتضى ذلك كما في قبض مال على أنه حق لقابضه ثم يتبين أنه ليس حقا له ، وذلك كقبض مبالغ على أنه وفاء لدين على المقبض لقابضه ثم يظهر أن لا دين ، كما أنها قد تكون في بدايتها يد أمانة ، ثم تنقلب إلى يد ضمان لسبب طارئ اقتضى ذلك .

فهاتان حالتان نعرضهما فيما يلي :

الحال الأولي :

ترتب يد الضمان على يد غير عادية ، وذلك فيما يأتي :

أولا : القبض على السوم : وهو ما تعد فيه يدا ضامنة مع ترتبها واستنادها إلى يد غير عادية ، وذلك كيد القابض على سوم الشراء وهو من يقبض العين بإذن مالكيها بعد رؤيتها والاتفاق معه على مقدار ثمنها ؛ ليكون له النظر فيما بعد قبضها في إتمام شرائها أو عدمه . وهذه اليد تعد باتفاق يد ضمان لقبضها على نية التملك والضمان باتفاق مع

مالكها فلزمه بذلك ضمانها؛ لأن القبض في هذه الحال يعد مرحلة من مراحل المضي في البيع، والاتفاق على الثمن يجعل هذا الاتفاق شبيها بعقد بيع جعل فيه الخيار للمشتري، ومن مقتضاه ضمان المبيع المقبوض في هذه الحال إذا قبضه المشتري ولو بإذن بائعه.

ويؤيد هذا ما ذهبوا إليه من أن وفاة أحد الطرفين في هذه الحال قبل الهلاك أو عدول مريد الشراء عنه يعود بالمقبوض أمانة في يد قابضه. وبدليل أن بعضهم يرى أن هلاك المقبوض في هذه الحال يكون بالثمن المتفق عليه لا بالقيمة، وعلى هذا يكون الضمان في هذه الحال بما يشبه العقد، وهذا ما صرح به الحنفية في أكثر من موضع. وإذا تلف المقبوض على سوم الشراء ضمنه قابضه بقيمته على القول الأرجح عندهم لا بالثمن المتفق عليه.

والحكم عندهم في المقبوض على سوم الرهن أن القبض فيه موجب للضمان أيضا، ويضمنه القابض إذا تلف بالأقل من قيمته ومن الدين المتفق عليه كالحكم في الرهن عند تلفه. وقد اعتبرت هذه اليد ضمان في حين أنها مستندة إلى يد غير عادية هي يد مالك المال الذي أذن في قبضه.

أما المقبوض على سوم النظر وهو ما قبض من المال بإذن من مالكه لمجرد نظره والتروى في أمر الإقدام على شرائه قبل الاتفاق على ثمنه فقد اختلف النظر فيه، فالحنفية يرون أن اليد في هذه الحال يد أمانة؛ لأنها وضعت بإذن من مالك المال وأن القابض قد قبضها استيداعا لديه ليتروى في أمر الإقدام على شرائها والمساومة فيها فكان حكمها حكم الوديعة.

والشافعية والحنابلة يرون أنها يد ضمان؛ لأنها وضعت على نية التملك والضمان في المال باتفاق الطرفين.

وكذلك المقبوض على سوم القرض وعلى سوم النكاح فإنه يعد مضمونا في يد قابضه؛ لأنه قبضه على نية تملكه كالمقبوض على سوم الشراء، أما المقبوض على سوم الرهن فهو أمانة عندهم كالرهن. ومرد الاختلاف إلى الاختلاف في تكيف وضع اليد أكان للتملك بعد التروى كما يرى الشافعية والحنابلة أم كان للتروى للنظر في التملك بعد ذلك كما يرى الحنفية.

ثانياً: يد المرتهن: وقد يرى أن يد المرتهن على الرهن تعد من هذه الحالة فهي يد تستند إلى يد المالك الذي هو الراهن وإذنه. ولكنها يد وضعت على الرهن بنية استيفاء الدين منه عند عدم الوفاء به في أجله والاستيفاء منه في حكم تملكه فأشبهه المقبوض على وجه العموم من ناحية أن المال فيهما في وضع يد اتخذ طريقاً إلى التملك. وقد ذهب الحنفية هذا المذهب فيما يقابل الدين من الرهن؛ لأنه المعرض لذلك، وأخذ به آخرون، ولكن بالنظر إلى الرهن جميعه لتعلق حق المرتهن به كله. ونظر غيرهم إلى قيمة الدين بناء على أنها هي المقابلة بالرهن فجعل الرهن مضموناً بها، ومن الفقهاء من لم يأخذ بذلك النظر ورأى أن الحفظ والرعاية الواجبتين على المرتهن بالتزامهما للراهن يقضيان بجعل يده يد أمانة وفيما يلي مذاهب الفقهاء:

يرى الشافعية والحنابلة والمالكية أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة؛ لأنها نتيجة عقد بين الراهن والمرتهن على أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن ووضع يده عليه، وعليه حفظه؛ توثيقاً لوفاء دينه، ومؤدى ذلك قيام يد المرتهن مقام يد الراهن وبقاء الرهن في يده إلى وفاء الدين وذلك ما يجعل يد المرتهن عليه في حكم يد الوديعة من ناحية أنها يد وضعت للحفظ فلا تستوجب ضماناً، وعلى هذا لا يضمن المرتهن إلا بتعديه أو بتقصيره كالحكم في الوديعة، وذلك لحديث الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه، ويروى ذلك عن علي، وبه قال عطاء والزهرى والأوزاعي وأبو ثور، وعلى ذلك كان ضمانه عند التلغ ضمان الأمانات، وهو ضمان لا يفترق فيه حكم ما يغاب عليه عن حكم ما لا يغاب عليه عند الشافعية والحنابلة؛ خلافاً للمالكية.

وذهب شريح والنخعي والحسن إلى أن الرهن مضمون بجميع الدين قل الدين أو كثر، لحديث الرهن بما فيه، وعلى ذلك تكون يد الراهن يد ضمان إلا أن الضمان فيها بقيمة الدين لا بقيمة الرهن نفسه فإذا تلف الرهن سقط بتلفه الدين قل أو كثر وذلك نتيجة جعله توثيقاً للدين ومحبوساً به.

وذهب الحنفية إلى أنه مضمون بالأقل من القيمتين: قيمته وقيمة الدين، فإذا كان مقدار الدين ١٠٠ وقيمة الرهن ٢٠٠ وتلف فإنه يتلف على المرتهن بمائة فقط فيسقط دينه ويضيع على الراهن زيادة الرهن عند الدين، وإذا كان العكس تلف على المرتهن بمائة وتبع الراهن بمائة، ومن هذا يتبين أن يد المرتهن على ما يوازي الدين من الرهن يد ضمان، وعلى ما يزيد عليه يد أمانة؛ ذلك لأن المرتهن إنما قبض الرهن قصداً إلى الوفاء

منه فكان حدود الوفاء مقبوضا على وجه التملك أو ما يشبه ذلك وكانت اليد على هذا المقدار يد ضمان وعلى ما يزيد عليه يد أمانة، وقد روى ذلك عن عمر وسنده ما رواه عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال: «ذهب حقك»، أي سقط دينك، ومعنى هذا هلاكه بالدين - غير أن هذا يقتضى هلاكه بالدين وإن كان الدين أكثر من قيمته أو أقل، وهو رأى شريح والنخعي، فلم يكن الدليل على وفق المدعى إلا أن يقوم دليل على أن قيمة الفرس كانت أكثر من قيمة الدين.

وقد روى عن أبي بكر أن الرهن مضمون بقيمته.

وإذا لوحظ أن الرهن قد شرع وثيقة للاستيفاء ليكون طريقا إليه كان القول بأنه أمانة في يد المرتهن منافيا لحكمة شرعه، وكان أقرب الأقوال إلى تحقيق حكمته هو ضمانه بالأقل من قيمته، ومن الدين إذ يؤمن من ضياع الدين حيثنذ ولا يلحق المرتهن عنت بهلاكه إذا تلف وكانت قيمته أكثر من الدين؛ لأنه ما شرع إلا لمصلحته فلا يكون سبيلا إلى مضرتة^(١).

ثالثا: قبض غير المستحق على أنه مستحق له لقابضه: في هذه الحال تكون يد القابض يد ضمان فإذا قبض شخص من آخر مالا على أنه وفاء لدين له عليه ثم يتبين أن ليس له دين قبله كانت يده يد ضمان حين قبض المال وكان للمقبض حق الرجوع على القابض بما أقبضه إياه، وكذلك إذا دفع المال على أساس وجوبه عليه نفقة لمن قبضه ثم يتبين أن ليس له عليه نفقة كانت يد القابض للمال يد ضمان وكان لمن أقبض حق الرجوع عليه ما لم يكن قد أقبضه على وجه الصلة فإنه لا يرجع في هذه الحال كما لو عجل الزوج النفقة لزوجته عن مدة مستقبله ثم طلقها، أو انقضت عدتها قبل انتهاء المدة التي عجلت نفقتها لم يرجع بنفقة ما بقي من تلك؛ لأنها - وقد دفعت نفقته - تتضمن معنى الصلة ولا رجوع في الصلة وفي الوكوجة: إذا عجل أبو الزوج نفقة زوجة ابنه ثم طلقها ابنه ليس له أن يسترد ما عجله لأنه لو كان الزوج هو الذي عجل لها النفقة لم يكن له ذلك عند أبي يوسف وعليه الفتوى، فكذا إذا عجلها أبوه لما فيها من معنى الصلة في الحالين وهذا مذهب الحنفية.

(١) الهداية ج ٢ ص ٢٩٤ وما بعدها، الغاية، نفس الموضوع، الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥٤، نهاية المحتاج

ص ٢٧٤، كشف القناع ج ٢ ص ١٥٩.

وإذا استولى أحد الشركاء على الشيوع على أكثر من نصيبه في غلة العين المشتركة كانت يده يد ضمان والتزم برد ما قبض من زيادة.

وعلى هذا الأساس كان لمن دفع رشوة إلى آخر حق الرجوع عليه بما دفعه، لأن يد المرتشى تعد يد ضمان وإن كانت قد وضعت على المال بإذن من مالكه وذلك لمكان الحرمة في هذا الدفع فكان إذنا غير معتبر.

وجملة القول أن كل يد وضعت على مال للغير بغير إذنه وبدون مسوغ شرعي تعد يد ضمان - وإن وضعت على ظن من صاحبها أنه مالك؛ لأن ظنه لا يثبت له ملكا ولا يخرج به المال عن ملك صاحبه وإن ارتفع به الإثم ويكون لمستحق المال حق استرداده إن كان قائما كما يكون له حق الرجوع بالقيمة أو بالمثل عند التلف.

الحال الثانية:

وفيها تكون اليد على الأموال يد أمانة ثم يحدث ما يحيلها إلى يد ضمان؛ نتيجة خروج صاحبها عن حدود ولايته، وذلك كيد المستأجر والمضارب والشريك والوديع والمزارع والمساقى والأجير والمرتهن عند الشافعية والحنابلة، وكذا يد المستعير عند الحنفية والمالكية. والمتلقت على اللقطة والأمين على مال لغيره وقع في حجره أو سقط في داره والوكيل ونحوهم ممن لوحظ في أيديهم أنها نائبة عن يد المالك سواء أكان وضع أيديهم نتيجة لعقد أم نتيجة وجود المال فيها يحوزونه من أماكن أو نتيجة استيلائهم عليه بقصد حفظه ورده إلى مالكه.

وهؤلاء جميعا ملزمون بالمحافظة على هذا المال بما يحفظون به أموالهم ولا تصرف لهم إلا في حدود ما يجوز لهم بمقتضى العقد الذي كان على أساسه وضع أيديهم أو بمقتضى إذن المالك أو إذن الشارع أو بمقتضى العرف. فإذا تجاوزوا ذلك فقصروا في الحفظ، أو خالفوا فيما يلزمهم من رعايته سواء أكان في الانتفاع أم في التصرف تحولت أيديهم من يد أمانة إلى يد ضمان، لتعديهم بمجاوزتهم حدود ولايتهم والتعدي سبب للتضمنين. ومثال ذلك إقدام المستأجر على تحميل دابة استأجرها ليركبها أثقالا، وإقدام المضارب على الاتجار في سلع نهاء رب المال عن الاتجار فيها أو على الاتجار في بلد نهاء رب المال عن الاتجار فيه، وإقدام الشريك على الإقراض من مال الشركة أو على التبرع منه، وإقدام المزارع على زرع الأرض بغير ما تم العقد عليه مما فيه ضرر بالأرض، وإقدام المساقى على عدم تأبير النخل في أبانه، وإقدام الأجير على

الانتفاع بمال المؤجر بدل أن يصلحه، وإقدام المرتهن على الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن، وإقدام الملتقط على إخفاء اللقطة وعدم تعريفها، وإقدام الأمين على المال على تأجيريه أو الاتجار فيه، والوكيل على مخالفة موكله فيما وكل فيه وهكذا من كل مخالفة تتعارض مع واجبه وما التزموا به، ففي هذه الأحوال جميعها تتحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان.

وعندئذ هل تعود أيديهم مرة أخرى يد أمانة بعد أن صارت يد ضمان إذا عادوا إلى الوفاق وتركوا المخالفة والتزموا حدود ولايتهم أم لا؟.

ذهب الحنفية إلى أن المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم عادا إلى الوفاق لم تعد يد كل منهما يد أمانة بالعودة إلى الوفاق بعد صيرورتها يد ضمان بسبب المخالفة. أما الوديع فإنه إذا خالف تحولت يده إلى ضمان وإذا عاد إلى الوفاق عادت يده يد أمانة كما كانت.

ووجه ذلك أن يد الوديع بمنزلة يد المودع، لأنه عامل له والمنفعة له خاصة فكان عوده إلى الوفاق والمال في يده بمنزلة عودة المال إلى مالكة أو في حكم عودة المال إلى يد مالكة بطريق الإيداع فكانت لذلك يد أمانة - بخلاف المستعير، لأنه عامل لنفسه ولمنفعته فلم تكن يده كيد المالك، فإذا عاد إلى الوفاق لم يكن بقاء المال في يده له حكم وجوده في يد مالكة ومثله المستأجر في ذلك. ولم يعتبر المستأجر عاملا للمؤجر، لأنه إنما وضع يده على المال تحصيلًا لمنفعته وذلك موضوع عقد الإجارة وهدفها، ومن ثم كان اعتباره عاملا لمنفعة نفسه بالنظر إلى هذه الناحية أقرب من اعتباره عاملا لمنفعة المؤجر.

وأنه ليرى أن فيما ذهب إليه الحنفية من الحكم على من استعار عينا ليرهنها بأن يده يد أمانة ولا ضمان عليه إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وتعليلهم ذلك بأنه أمين عاد إلى الوفاق فلا يضمن إشعارا بأن مذهبهم في الأمين مطلقا أن الشأن فيه أنه إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فإنه يعود إلى الأمانة^(١). وإن خالفوا ذلك في بعض المسائل كما بينا لوجوه راعوها. وقد يرى أنهم فرقوا بين المستعير للعين ليرهنها والمستعير لها ليتنفع بها بأن المستعير للرهن أقرب أن يكون وديعا؛ لأنه لا يتنفع بالعين حيثشذ وإنما يسكها إلى أن يسلمها للمرتهن فتكون لذلك عنده أشبه بالوديعة.

(١) راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٦.

وذهب الشافعية إلى أن الأمين إذا صار ضامنا بتعديه ومخالفته ثم عاد إلى الوفاق لم تعد يده يد أمانة وظلت يد ضمان. فالوديع إذا خالف أو انتفع بالوديعة صارت يده يد ضمان، فإذا عدل عن ذلك وعاد إلى الوفاق لم تعد يده يد أمانة وظلت يد ضمان، وكذلك الحكم إذا جردها ثم أقر بها وعندئذ يلزمه الرد فورا، فإن أحدث له المالك استمنا جديدا أو أذن له في الحفظ أو أبرأه أو أودعه مرة أخرى صار بذلك أمينا على أصح القولين عندهم.

والقول الثاني لا يبرأ من الضمان حتى يردّها - لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ومثل الوديع في التضمن بالمخالفة المرتهن والوكيل غير أن الوديع يلزمه بالخلاف الرد في الحال لانتهاء الوديعة وارتفاعها بمخالفته بخلاف المرتهن والوكيل فإن خلافهما لا يترتب عليه فسخ الرهن ولا الوكالة، ولذا لا يلزمهما الرد عند حدوث الخلاف، وإن صارت يدهما به يد ضمان.

وكذلك الحكم في المستأجر إذا خالف يصير بخلافه ضامنا وهو قول الحنفية، ولكن لا تنفسخ الإجارة ويظل مستأجرا ضامنا لما تحت يده^(١).

والى هذا ذهب الحنابلة ولم يفرقوا في الحكم بين حدوث الخلاف في سلعة هي وديعة وفي إحدى سلعتين وديعتين فإن يده تعتبر يد ضمان بالنسبة إلى السلعتين جميعا؛ لأن التعدي يترتب عليه حكمه، وهو الضمان سواء أكان في الجزء أم في الكل^(٢).

ويتصل بهذا الموضوع ثلاث مسائل:

المسألة الأولى:

أن يد الأمانة تستمر على وضعها ما دام واضع اليد على الصفة التي عليها ثم وضع يده، فالوديعة أمانة في يد الوديع مادام وديعا، والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر مادام مستأجرا، ورأس مال المضاربة أمانة في يد المضارب مادام مضاربا، ومال الشركة أمانة في يد الشريك مادام شريكا، فإذا زالت هذه الصفة بسبب من الأسباب كانهاء العقد الذي أضفى عليه هذه الصفة بسبب من أسباب انتهائه كالوديع بعد انتهاء

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٢٨.

(٢) كشف القناع ج ٢.

الوديعة أو بعد امتناعه عن تسليم الوديعة بعد طلبها، والمستأجر بعد انتهاء إجارته بانتهاء مدتها، والمضارب بعد فسخ المضاربة، والشريك بعد موت سائر الشركاء وهكذا - إذا حدث شيء من ذلك وجب رد المال إلى مالكة ما لم يستوجب بقاءه في يد القابض بعد ذلك سبب شرعي آخر، وعند زوال هذه الصفة يجب النظر فيمن يجب عليه الرد ومثولته: أهو صاحب المال أم ذو اليد؟ فإذا كان ذا اليد وجب عليه أن يسارع إلى الرد فإذا مضت مدة كان يمكنه فيها الرد ثم لم يرد بلا عذر كان المال في يده بعد هذا التمكن مضمونا لتحول يده إلى يد ضمان، أما عند العذر فلا تتغير صفته إلا بزوال العذر وإهمال الرد بعد التمكن منه، وذلك كالمستعير فإن مثونة رد العارية عليه فإذا انتهى عقد الإعارة وجب عليه رد العارية إلى صاحبها، ويده عليها يد أمانة عند الخفية حتى تمضي مدة يتمكن فيها من الرد ثم لا يرد بغير عذر.

أما عند الشافعية والحنابلة فقد أشرنا فيما سبق إلى أن يده عليها يد ضمان مطلقا - وكالوديعة فإن استرداد الوديعة ومثولتها على صاحبها فإذا أنهاها ثم قصر في استردادها فلا ضمان على الوديعة إذا تلفت - والمستأجر فإن مثونة رد العين المستأجرة على مالكة، فإذا ما انتهت الإجارة فقصر المالك في استردادها لم يغير ذلك من صفة المستأجر حتى إذا تلفت لا يضمن، وهكذا - وبناء على ما ذكر كانت يد الزوج على المهر المعين بعد عقد الزواج يد ضمان لوجوب تسليمه إلى الزوجة.

ويد الزوجة على المهر المعين قبل تأكده بالموت أو بالدخول يد ضمان إذا ما وقعت الفرقة من قبلها الدخول أو من قبله، لوجوب رده أو رد نصفه إلى الزوج عند ذلك^(١).
ويلاحظ في عقود الشركات والوكالة والوديعة والعارية والهبة بعد الرجوع فيها - وهي العقود غير اللازمة - أن اليد فيها على المال يد أمانة، وفي استمرار اليد بعد انتهائها رأيان للفقهاء:

أحدهما: بقاء اليد على حكمها فلا تتحول إلى يد ضمان باستمرارها، استصحابا لحكمها السابق مادام واضح اليد غير ممتنع عن التسليم عند الطلب؛ ولم يحدث ما يوجب الرد على صاحبها فوراً.

وثانيهما: أنها تتحول إلى يد ضامنة إذا لم يبادر صاحبها إلى رد المال لصاحبه ما لم يوجد عذر، أو مبرر شرعي وذلك مع ملاحظة ما أشرنا إليه آنفاً من وجوب الرد

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٥٤.

ومثوته على مالك المال أو على صاحب اليد؛ إذ لا تصير يد ضمان إذا كان استردادها واجبا على المالك، ثم قصر في ذلك.

وكذلك الحكم في المال يحدث في حياة إنسان بسقوطه في حجره، وفي حيوان يدخل دار إنسان من تلقاء نفسه، أو في مال يصير إلى يد إنسان بسبب كونه في يد مورثه من قبل وفاته فإن يده عليه يد ضمان؛ لأنها وضعت على مال بغير إذن صاحبه ولكن إذا كان لا يعرف صاحبه فذلك عذر يحول دون اعتباره ضامنا فتعد يده يد أمانة إلى أن يعرف صاحبه ثم يقصر في رده وإلا كان أمينا بعدم تمكنه من رده وعدم قدرته فإذا تلف في يده فلا ضمان عليه.

ومن هذا النوع بقاء العين في يد قابضها بعقد معاوضة بعد انفساخه كبقاء المبيع في يد مشتريه بعد انفساخ عقد البيع بخيار عيب أو خيار شرط. وحكم اليد بعد بقائها في هذه الأحوال يتبع وضع المال أو العين قبل العقد، فإن كان في ضمان المالك قبل العقد بقي على ضمانه بعد انفساخه أو انتهائه، وإن ظل في يد الثاني، ما لم يحدث ما يصير به الثاني الممتلك ضامنا كأن لم يرده إلى صاحبه مع وجوب رده عليه، ففي هذه الحال تصير يده يد ضمان لاستمرار وضع يده على مال مملوك لغيره بغير إذنه.

وقيل: إذا كان انتهاء العقد بسبب فسخه من المملك، أو باتفاق بينه وبين الممتلك فلا ضمان بسبب استمرار يده بعد انتهاء العقد لبقاء الإذن بها وإن كان بسبب من الممتلك - صاحب اليد - كانت يده يد ضمان لتسببه في الفسخ وحده وانتهاء الإذن بها عند ذلك.

وقيل: إن الحكم بعد الفسخ مطلقا كالحكم قبله فإن كانت اليد قبل الفسخ يد ضمان كان استمرارها كذلك، أي استمرار ضمان وإلا فلا.

وعلى هذا الخلاف كان الخلاف في يد المشتري على المبيع بعد انفساخ البيع بالإقالة أو بالخيار من البائع أو بالخيار من المشتري فهو على ضمان المشتري إذا تلف؛ لأن يده يد ضمان وذلك ما يراه بعض الفقهاء. وهو على ضمان البائع في رأى آخرين، لأن يد المشتري يد أمانة وضعت عليه باتفاق الطرفين وكذلك الحكم في استمرار يد المستأجر على العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة أو انفساخها.

ويتصل بهذا الموضوع ما تعتبر به العين مستردة إلى صاحبها وذلك بمراعاة ما يتحقق به التسليم الواجب على صاحب اليد - أتكفى فيه التخلية بين العين ومالكها فيعد بها متسلما أم يجب لتحقيقه نقل العين إليه ودفعها إليه أو إحضارها لديه، ذلك ما اختلف فيه فقهاء المذاهب.

فالحنفية يرون الاكتفاء بالتخلية في بعض الأحوال، لتحقق التسليم، وهو رأى لغيرهم. وفريق آخر يرى أنه لا تكفى التخلية بل يجب تحقق التسليم فعلا فيما يقبله، حتى لا تكفى فيه التخلية وبعد قابض المال معها ممتعا منه وتكون يده يد ضمان. ففي العين المستعارة يوجب الحنفية نقلها إلى مالكةا، ولا يكتفى في وضع اليد عليها بالتخلية، وفي العين المستأجرة تكفى التخلية بينها وبين مالكةا، لاعتباره مسلما لهذا وتكفى التخلية في العقار مطلقا معارا أو مودعا.

وفي هذا الموضوع خلاف كبير بين الفقهاء يرجع إلى اختلاف الأعراف فيما يعد إقباضا وتسليما ومالا يعد كذلك. فمن الفقهاء من يرى أن المبيع مثلا من أى نوع في ضمان البائع قبل تسليمه ويده عليه يد ضمان، ثم يختلفون أتعاد التخلية فيه تسليما أم لا.

ومن الفقهاء من يرى أن المبيع إذا كان متميزا دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن مادام أن البائع لم يمتنع عن تسليمه. بخلاف ما إذا لم يكن متميزا كصبرة من طعام فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالتسليم فعلا دون الاكتفاء بالتخلية.

ومن الفقهاء من يرى أنه يدخل في ضمان المشتري متى كان متمكنا من قبضه، ولا يدخل في ضمانه إذا لم يكن متمكنا سواء في ذلك المتميز وغيره، وهكذا مما يرجع في بيانه وتفصيله إلى مواضعه.

وكذلك يتصل بهذا الموضوع انتقال العين في هذه الأحوال إلى يد أخرى بتصرف مباشره واضع اليد عليها، فإذا كان هذا التصرف جائزا ولو اضع اليد ولاية عليه كانت الثانية التي انتقلت إليها العين يد أمانة؛ لأنها حينئذ تعد استمرارا ليد سابقة عليها هي أمانة فتكون في حكم النائبة عنها ويكون لها حكمها - وذلك في إجارة المستأجر للعين المستأجرة إلى غيره في مدة إجارته إذا لم يمنع من ذلك مانع شرعى، وعندئذ لا يكون أحدهما ضامنا بتلفها في يد المستأجر الثاني - فإن منع من ذلك مانع شرعى كان كل ضامنا عند التلف واستقر ضمان العين على الأول إن كان الثاني جاهلا بالحال، أما إن كان عالما بذلك فإن الضمان يستقر عليه؛ لتعديه بالقبض وتلف العين في يده.

وكذلك الحكم في إعارة المستأجر العين المستأجرة لغيره فإذا تلفت في يد المستعير فلا ضمان على أحدهما عند التلف، إذ إن ذلك تصرف جائز له وفي ولايته سواء أكان

الثاني علما أم جاهلا فكانت يد كل منهما على العين يد أمانة ولا ضمان في يد الأمانة عند الحنفية ومن ذهب مذهبهم، وكذلك الحكم عند الشافعية فإنهم يرون أن المستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة لا يضمن بالتلف؛ لأن يده في هذه الحال يد نائبة عن يد أمانة؛ ولذا لم يختلف مذهبهم في هذه المسألة عن مذهب الحنفية؛ ولذا كان المستعير من المستأجر أمينا على الصحيح عندهم، خلافا لمن ذهب منهم إلى تضمينه^(١).

وكما في إيداع الوديعة غيره فمن ذهب من الفقهاء إلى أن له ولاية الإيداع لدى الغير يرى أن كلا الوديعة الأول والوديعة الثاني أمين ولا ضمان على أحدهما عند تلف الوديعة في يد الثاني، ومن يرى حظر ذلك عليه يرى تضمينها عند التلف ويستقر الضمان على الأول عند جهل الثاني، لغروره، أما عند علمه بحال من أودعه وأنه متعد بإيداعه إياه فإن الضمان يستقر عليه بقبضه وتلف الوديعة تحت يده.

وكما في المضاربة إذا دفع رأس مال المضاربة إلى آخر ليضارب فيه، فإن يد كل منهما تعد يد أمانة إذا كان المضارب مأذونا في ذلك أو مفوضا إليه، فإذا تلف المال في يد الثاني فلا ضمان على أحدهما وإن لم يكن ذلك مأذونا فيه من رب رأس المال فتلف المال في يد الثاني كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء؛ لحدوث التعدى من كل منهما ويستقر الضمان على الأول؛ لاستقرار الضمان عليه إن كان الثاني غير عالم بالحال لدخوله على الأمانة فإن كان عالما استقر الضمان عليه ولا رجوع له على الأول إذا غرم، لحصول التلف في يده مع تعديه بأخذ المال وقبضه من غير ذى ولاية.

وكما في العارية إذا أعار المستعير العين المستعارة لغيره فتلفت في يد المستعير الثاني، ففي حال جواز ذلك لا ضمان عليهما عند الحنفية؛ إذ المستعير في نظرهم أمين ويده على العارية يد أمانة فيستوى في ذلك الأول والثاني، وفي حال عدم الجواز يكون لمالك العين المستعارة أن يضمن أيهما شاء؛ لتعديه، ويستقر الضمان على الأول عند جهل الثاني، لدخوله على الأمانة، وعند الشافعية والحنابلة: للمالك في حال الجواز أن يضمّنهما قيمة العين دون منفعتها وذلك مقتضى العقد، ويستقر الضمان على الثاني لحصول التلف في يده، ويستوى في ذلك حال علم الثاني وجهله بها، وذلك لجواز التصرف وصدوره ممن يملكه - وفي حال حظر ذلك التصرف على الأول يضمّنان العين ومنفعتيها في مدة إعاره الثاني دون منفعتها في مدة إعاره الأول، لجواز الإعاره للأول

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٢٧، والقواعد لابن رجب.

وعدم جوازها للثاني، أما ضمان العين حيثئذ فلتعديهما الأول بسبب تصرفه المحظور عليه، والثاني بسبب قبضه مالا من غير ذى ولاية، إذ لم يؤذن فيه من المالك ويستوى في ذلك حال علم الثاني وجهله ويستقر الضمان على الثاني، لحصول التلف في يده.

وقيل: لا يستقر عليه عند الجهل وإنما يستقر على الأول، لغرور الثاني حيثئذ ولا يستقر عليه الضمان لدخوله بالاستعارة، وذلك لعدم صحة الإعارة له والضمان إنما يكون أثرا لصحتها، وهو إلى ذلك مغرور، لجهله بالحال، وأما ضمانها المنفعة فلفواتها على المالك بسبب الاعتداء عليها فصارت كمنفعة المغصوب إذا استوفأها غاصب من المستأجر.

وجملة القول أن واضع اليد على العين إذا أقدم على تصرف محظور عليه كان متعديا وصارت يده يد ضمان وكانت اليد التي ترتب عليها يد ضمان أيضا، وإذا تلفت العين تحتها كان المالك بالخيار إن شاء ضمن واضع اليد الأولى، لتعديه بالتصرف المحظور عليه فيها، وإن شاء ضمن واضع اليد الثاني، لتعديه بتسليمها وتلفها عنده، فإذا ضمن الثاني رجع على الأول عند عدم العلم بالحال للغرور فيستقر الضمان عليه كما ذكرنا، وفي إقدام المستأجر على التأجير لغيره أو على إعارته أو نحو ذلك مع قيام يده على المال دليل ملكه وبذلك يغر الثاني. أما عند العلم بالحال فلا غرر فيستقر الضمان على الثاني، لإقدامه على وضع يده مع علمه بعدم ولاية من أجره، أو من أعاره، أو من أودعه مع حدوث التلف في يده.

ويرجع فيما يجوز من التصرفات لهؤلاء وما لا يجوز إلى مواضعه من كتب الفقه في أبواب عقود الأمانات.

المسألة الثانية:

يد الأجير المشترك.

العين في يد من يستأجرها لمنفعته أمانة - ذلك هو الأصل وهو مقتضى عقد الإجارة من ناحية أنه عقد يقتضى تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر وتمكين الأجير من عمله بتسليمه ما التزم بالعمل فيه من مال، وعلى ذلك كانت يد المستأجر على العين المستأجرة للانتفاع بها يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه في الانتفاع بها بمقتضى العقد عليها والعرف، لأن ما يوجب العرف يعد بالنظر إلى العقود كالشرط فيها.

أما إذا كانت في يد أجير فإن كانت محلا لعمله المستأجر عليه كالحياض أعطى قماشاً، ليخيطه ثوباً والقصار أعطى ثوباً لتقصيره، أو كانت وسيلة من وسائل قيامه بعمله المستأجر عليه، كالأواني في يد الطباخ لصنع الطعام فيها أو ليحفظه فيها، والنموذج أعطى للصانع ليصنع على مثاله، والأداة أعطيت له ليستخدمها في عمله ونحو ذلك فالحكم فيها على التفصيل الآتي.

إن كان الأجير خاصاً قيده على كل ما تطلب عمله أن يضع يده عليه وعلى كل ما استحفظ عليه أمانة، وكذلك ما وضع يده عليه لمنفعة المؤجر وبإذنه لا ضمان عليه فيه عند التلف إلا إذا كان نتيجة تعد أو تقصير. وعليه فجميع ما يتلف في يده سواء كان بعمله أو بغير عمله بأن كان بسبب سماوى غير مضمون عليه إذا لم يكن ذلك عن اعتداء أو تقصير. والتطبيق في ذلك بين واضح وذلك هو مقتضى عقد الإجارة.

والأجير الخاص هو من استؤجر مدة معلومة، ليكون عمله فيها لمستأجره دون غيره فتكون له منفعة فيها، ولا يحق له أن يعمل لغيره فيها كخادم المنزل والطاهى فيه وسائق السيارة الخاص وموظف الحكومة، وأمثال هؤلاء ممن ليس لهم أن يتقبلوا من شخص آخر عملاً في مدة العقد، ويده على ما تحت يده من الأموال يد أمانة عند جميع الفقهاء، ولو شرط عليه الضمان فالشرط باطل ولا ضمان عليه فيها إلا بالتعدى أو بالتقصير.

وكذلك الحكم في يد الأجير المشترك، لأنها يد مأذون فيها ويستلزمها عمله ولم تكن إلا لمنفعة المستأجر فلا ضمان فيها إلا بالإتلاف أو التقصير، وهذا مقتضى عقد الإجارة، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو أظهر قولين للشافعى ولا فرق عندهم بين أن يكون ذلك المال محلاً لعمله أو ليس محلاً له ولكن يتطلب العمل وجوده تحت يده كنموذج يعمل على مثاله، وسواء كان الإتلاف قبل بدء العمل أو في أثناءه أو بعد انتهائه، ويروى هذا القول عن عطاء وطاووس من كبار التابعين.

وخالف في ذلك كثير من الفقهاء، لمصلحة اقتضته؛ وذلك لما لاحظوه في الأجراء من عدم الحرص على أموال غيرهم وتهاونهم في عملهم.

فذهب مالك وأحمد إلى أنه ضامن لما هو محل لعمله من الأموال التي تحت يده فيده عليها يد ضمان، ولا يضمن غير ذلك من الأموال مما يكون تحت يده؛ لأن يده

عليها يد أمانة، إذ لا تعدو أن تكون ودیعة تحت يده استحفظ عليها، أو لیرسمها مدة من الزمن إن كانت نموذجاً، أو یحفظها إن لم تكن كذلك. أما ما كان محلاً لعمله فیده علیه يد ضمان، صيانة لأموال الناس وقد روى هذا عن علی وعمر وعبد الله بن عتبة وشريح وهو قول آخر للشافعی روعی فيه صيانة أموال الناس، وقد قيل إن أمر الناس والأجراء لا یصلح إلا علی هذا حتی لا یكون ما یحول بین الناس و بین تسليمهم أموالهم للأجراء للعمل فیها من خوف علیها، وحتى یقبل الناس علی تشغيل الأجراء دون خوف منهم.

والی هذا القول ذهب أبو یوسف ومحمد إذا كان سبب التلف مما یمكن الاحتراز عنه، لأن التلف بسبب یمكن الاحتراز عنه مظنة للتقصیر فیجب الضمان لذلك، أما ما لا یمكن الاحتراز عنه فالأجیر معه غیر ضامن، لانتفاء مظنة تقصیره، وعلى ذلك فلا ضمان فی الحریق الغالب والسیل الجارف بخلاف ضیاع بسرقة أو تلف بسقوط مثلاً، وتطبیقاً لما ذکر یضمن الحائك ما أتلّفه بحیاکته، والقصار ما تخرق بدقه، والحمال ما تلف بسقوطه من فوق دابته أو بسبب عثرته ونحو ذلك.

وقد اشترط المالکیة فی تضمین الأجیر المشترك ألا یكون عمله فی بیت المؤجر، فإن كان یعمل فیهِ فلا ضمان علیه، ولو كان عمله فی غیته.

وألا یكون فی الصنعة تغریر وتوقع للتلف كما فی ثقب اللؤلؤ.

ویضمن الأجیر قيمة ما تلف یوم دفع إلیه، ولا ضمان عند الجمیع علی أجیر الصانع إذا لم یظهر علیه فساد؛ لأنه أجیر خاص.

ومن الحنفیة من فرق فی الأجیر المشترك بین الأجیر المصلح وغیر المصلح فذهب إلی عدم تضمین الأول، وإلی تضمین الثاني، وقد أفتی بعدم ضمانه مطلقاً كما أفتی المتأخرون بالمصلح علی نصف القيمة مطلقاً.

وفی الخیریة أن الأقوال التي ذهب إلیها الحنفیة کلها مصححة أفتی بها - وعلى هذا فالقاضی یتخیر منها ما تقتضیه ظروف الحادثة.

وذكر ابن عابدين أن محل الخلاف إنما هو فی الإجارة الصحیحة، أما الإجارة الفاسدة فلا ضمان فیها اتفاقاً، لأن العین حیثئذ تكون أمانة فی یده، لكون المعقود علیه هو المنفعة مضمونة بأجر المثل، وقد وضعت الید فیها بإذن من المالك ولم یكن الناس فی حاجة إلیها كحاجتهم إلی الإجارة الصحیحة.

المسألة الثالثة:

النظر إلى ضمان العين أو عدم ضمانها إنما يكون له أثره إذا ترتب على تلفها ثبوت حق المطالبة بضمانها لشخص من الأشخاص فعند ذلك ينظر أكانت عند التلف أمانة، وعندئذ لا تكون مضمونة ولا مطالبة لأحد بضمانها أم كانت مضمونة، وعندئذ يسأل عمن يجب عليه ضمانها من صاحب اليد عليها أم غيره. وعمن يكون له الحق في المطالبة به.

وقد بينا فيما سبق أن ذلك إنما يكون في المال المتقوم المملوك. واليد عليه عند التلف قد تكون للمالكه وقد تكون لغيره.

فإذا كانت للمالكه فضمانه عليه؛ لأن تلف المال المملوك على مالكة ما كان المال والتلف في يده ولا ينتقل عنه ضمانه إلا بانتقال الملك والتسليم إلى المالك الجديد على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - وقد عرضنا فيما سبق لبيان ما يتم به التسليم واختلاف آراء الفقهاء، وأن من فقهاء الحنابلة من ذهب إلى انتقال الضمان متى أمكن للمالك الجديد أن يتسلم وإن لم يتسلم فعلا.

بناء على ما ذكر يكون ضمان المبيع قبل تسليمه إلى مشتريه على بائعه، أما بعده فيكون على مشتريه مع مراعاة الخلاف فيما يتم به تسليمه. وعلى ذلك إذا تحقق ما يعتبر به متسلما كان ضمانه عليه ولو كان تلفه في يده البائع.

وإذا كانت اليد على المال لغير مالكة فقد يكون انتقالها إلى يده بغير حق وعندئذ يعد اعتداء ممن أزال يد المالك ووضع يده وبه يصبح مسئولاً عن ضمانه إذا تلف. أما إذا كان بحق فقد يعد مع ذلك أمانة في يد من انتقل إليه فلا يسأل عن ضمانه، وعندئذ يظل المال على ضمان مالكة حتى يحدث من واضع اليد ما يستوجب تضمينه من تقصير أو اعتداء وذلك كما في الوديعة وجميع الأمانات، وقد يعد مضموناً في يد من انتقل إليه، وضمانه في هذه الحال ليس ضمان اعتداء؛ إذ لا اعتداء وتتناول هذه الحال، بيان الحكم في الأحوال الآتية:

- ١ - تسليم الرهن إلى المرتهن عند الحنفية.
- ٢ - قبض السلعة على سوم النظر أو سوم الشراء.
- ٣ - قبض العارية وتسليمها إلى المستعير عند الشافعية والحنابلة.
- ٤ - قبض المشتري المبيع حيث يكون في البيع خيار شرط للبائع أو للمشتري.

٥ - تسليم المبيع إلى المشتري بشراء غير صحيح .

٦ - بقاء المبيع في يد المشتري بعد انفساخ العقد «مع ملاحظة أحوال الخيار» .

وفيما يلي التفصيل :

أولاً: فأما وضع المرتهن يده على الرهن فلا ضمان فيه عند الشافعية ومن ذهب مذهبهم على ما بينا فيما تقدم، وإنما يوجب التضمين عند الحنفية ومن ذكرناهم فيما سبق على اختلاف بينهم فيما يضمن به الرهن، وقد فصلنا القول في ذلك في كلامنا في الحال الأول.

والقائلون بالضمان يؤسسون مذهبهم إما على أنه ضمان اقتضاه عقد الرهن فكان أثراً من آثاره بناء على أنه عقد توثق به الدائن وحصل به على ما فيه وفاء لدينه أو بعضه أو على ما ارتضاه وفاء لذلك إذا عجز المدين أو ماطل في الوفاء فكان دخول المرتهن فيه مما يعتبر دخولا على الضمان في سبيل الوفاء بدينه واعتبر العقد لذلك مرحلة أولى من مراحل الوفاء، وعلى ذلك كان ضمان الرهن ضمان عقد عند القائلين به وأما على أنه ضمان نص من الشارع وقد سبق القول في ذلك

ثانياً: وأما قبض السلعة على سوم الشراء أو النظر فالضمان فيه كما قدمنا ضمان بما يشبه العقد بين المالك والتسليم إذ كان عن اتفاق بينهما هو في حكم المرحلة الأولى من مراحل التملك بالبيع، فكان للتسليم فيها حكم عقد البيع إذا شرط فيه الخيار للمشتري من ناحية الضمان، وقد سبق القول في ذلك وما يتصل به من القبض على سوم القرض أو الرهن.

ثالثاً: وأما قبض المستعير العارية فالضمان فيه عند الشافعية والحنابلة ضمان عقد، أى أنه ضمان اقتضاه عقد العارية، وهو مذهب أشهب من المالكية. واحتجوا بقوله ﷺ لصفوان بن أمية: «لا بل عارية مضمونة»، وذلك حين استعار منه سلاحه ودروعه يوم حنين وقال له صفوان: أغضب يا محمد؟ وبأن المستعير قد قبض ما لغيره لمنفعته خاصة، وذلك بناء على عقد العارية الذي التزم به رد ما استعاره إلى ماله فوجب أن يكون ضامناً نتيجة لالتزامه الرد على المعير، ولأن الغنم في انتفاعه بالمجان يقتضى غرمه بضمان قيمته عند تلفه، وإذن المالك بقبضه لا يجعل يده نائبة عن يده؛ لأن إذنه إنما كان لتمكين المستعير من الانتفاع الذي هو حكم العقد فلا يكون له أثر فيما وراء ذلك. وبما رواه ابن عباس وأبو هريرة وهو أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

وذهب الحنفية والزيدية والإمامية إلى أن المستعير أمين ولا يلزمه ضمان عند التلف وإذا شرط عليه الضمان لم يصح الشرط وقيل يصح - واحتجوا بأن لفظ العارية وما في معناه لا ينبئ عن التزام بالضمان، ولم يقع القبض فيها تعدياً حتى يترتب عليه التضمن، وإنما وقع بإذن من المالك وإن كان للتمكين من الانتفاع. والالتزام بالرد عند انتهاء العارية بناء عليها لا يوجب التضمن كما في الوديعة. ولا حجة لهم فيما روه للاختلاف في متنه، فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «عارية» - بدون وصف - كما روى أنه قال: عارية مردودة. ولو كان الضمان أثراً من آثار العقد لكان وصفها في الحديث لغوا من القول، وذلك ما لا يكون من أفصح العرب - وقد يرد هذا بأن الوصف إنما كان للتشريع والإعلام بالتضمن إذا كان ذلك قبل تشريع الضمان في العارية^(١). ولتأمين صفوان على ماله إذا كان ذلك بعد التشريع.

والأصح أنها مضمونة بقيمتها وقت تلفها مثلية كانت أو قيمة عند الشافعية^(٢)، وذهب أحمد إلى أنها مضمونة بقيمتها يوم التلف إن كانت قيمة وبمثليها إن كانت مثلية^(٣)، وشرط عدم الضمان فيها لغو عندهم جميعاً.

رابعاً: وأما قبض المشتري المبيع حيث يكون في المبيع خيار شرط للبائع أو للمشتري فإن المبيع يكون في ضمانه بانه مادام في يده، فإذا تلف في يده تلف عليه بالثمن وبطل البيع وإتلاف المشتري إياه بعد تسلمه يمضى به البيع ويلزم.

وإذا أتلّفه أجنبي كان المشتري بالخيار إن شاء ضمن البائع واسترد الثمن، وبذلك يضمنه ضمان عقد بالثمن ويرجع البائع على الأجنبي بقيمته فيضمنه الأجنبي ضمان إتلاف وتعد، وإن شاء أمضى البيع وضمن الأجنبي قيمته ضمان تعد وإتلاف.

وكذلك الحكم إذا تعدى عليه البائع فأتلفه فيكون للمشتري الخيار بين أن يضمن البائع ضمان عقد بالثمن، لعدم تسليمه وبطل البيع، وأن يضمنه ضمان إتلاف بالقيمة، لتعديده على ملكه وعندئذ يمضى البيع^(٤). أما إذا تسلم المشتري المبيع وليس في البيع خيار فإنه بتسلمه يدخل في ضمانه، وإذا هلك بأى سبب هلك عليه.

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٥٤، الهداية ج ٧ ص ٩٩ البدائع ج ٧ ص ٢٢٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤١.

(٣) كشف القناع ج ٢ ص ٣٣٦.

(٤) ذلك ما استظهره ولا يبطل البيع بناء على تعذر التسليم في هذه الحال لتنازل المشتري عنه.

وأما إذا كان في البيع خيار فقد يكون للبائع وقد يكون للمشتري - فإذا كان للبائع وهو خيار شرط كان ملك البائع مستمرا بعد التسليم، لأن الخيار للبائع يمنع خروج المبيع من ملكه عند الحنفية، وعلى ذلك إذا تلف المبيع في هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه ضمنه المشتري؛ لأنه يعد في ضمانه من وقت تسلمه ويضمنه في هذه الحال ضمان يد فيلزم بقيمته لقبضه على الضمان وينفسخ العقد لزوال محله قبل تمامه، وإذا كان للمشتري كان هلاك المبيع في يده عليه بالثمن ومضى العقد ولزم بهلاكه. ذلك هو الحكم عند ثبوت خيار الشرط، أما خيار الرؤيا فلا يمنع من ترتب آثار العقد عليه بخلاف الشرط، وعلى ذلك يكون هلاك المبيع في يد المشتري من قبيل هلاك المال في يد مالكة؛ لانتقال الملك إليه بالعقد، ذلك ما ذهب إليه الحنفية.

ويرى المالكية أن خيار الشرط يمنع ترتب آثار العقد عليه سواء أكان للبائع أم للمشتري، وعلى ذلك يظل المبيع في ملك البائع مدة الخيار ويكون في ضمانه فإذا هلك هلك عليه ما دام في يده فإذا قبضه المشتري كانت يده يد أمانة فإذا ادعى تلفه أو ضياعه فإن البائع يضمنه إلا إذا ظهر كذبه أو كان مما يعاب عليه فإن ضمانه يكون على المشتري^(١).

ومذهب الشافعية أن ملك المبيع في مدة الخيار لمن له الخيار فهو للبائع إذا كان الخيار له، وهو للمشتري إذا كان الخيار له فإذا هلك في يد المشتري والخيار له هلك عليه، لأنه المالك له، وإذا كان في يد المشتري فهلك والخيار للبائع هلك على البائع ولا ضمان على المشتري؛ إذ إن يده كانت يد أمانة، لأنها وضعت بإذن من مالكة فأشبهت يد الوديع^(٢).

ويرى الحنابلة أن اشتراط الخيار في البيع لا يحول دون ترتب آثار العقد عليه، وبناء على ذلك إذا هلك المبيع في يد المشتري فإنه يهلك عليه؛ لأنه المالك له سواء أكان الخيار له أم للبائع^(٣).

خامسا: وأما إذا قبض المشتري شراء فاسدا المبيع فإن يده عليه تكون يد ضمان أثرا لعقده؛ إذ كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب أيضا في فاسده، وهي قاعدة متفق

(١) الخرشي ج ٥ ص ٣٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩.

(٣) المغنى ج ٤ ص ٢٦ وكشاف القناع ج ٢ ص ٥٠.

عليها في جميع المذاهب وعلى ذلك يكون المشتري شراء فاسدا ضامنا للمبيع إذا تسلمه، فإذا تلف تلف عليه ويضمنه حيثئذ بقيمته لا بالثمن المتفق عليه، وضمانه في هذه الحال ضمان يد لا ضمان عقد، ولا أثر للاتفاق بين طرفي العقد على ثمنه؛ لبطلان هذا الاتفاق بفساد العقد، وإلى هذا ذهب الجمهور، وذهب آخرون إلى أن المشتري يضمنه ضمان عقد بالثمن المتفق عليه أيا ما كان مقداره.

ويرى الحنفية أن المشتري شراء فاسدا إذا قبض المبيع برضى من البائع ولم يكن في البيع خيار شرط ملكه بالقبض إلا في ثلاث: بيع الهازل، وفي شراء الأب من ماله لطفله، وفي بيعه ماله لطفله فاسدا فلا يملكه حتى يستعمله. ويضمنه المشتري بمثله إن كان مثليا وإلا بقيمته وذلك إذا هلك أو تعذر رده.

والمعتبر قيمته وقت قبضه، إذ به يدخل في ضمانه.

ويجب على كل من المشتري والبائع فسخه، ولذا يجب رده مادام قائما في يد المشتري وإذا هلك عليه بقيمته أو بمثله كما ذكرنا.

أما إذا كان العقد باطلا فقبض المشتري المبيع لم يضمنه بقبضه وكانت يده عليه يد أمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكة ولا وجود للعقد، لبطلانه.

وفي «القنية» أن الصحيح ضمانه بقيمته كما هو الحكم في الشراء الفاسد واختار السرخسي وغيره هذا القول، وقيل: إن عليه الفتوى وهو مذهب الأئمة الثلاثة، لبطلان الإذن بقبضه تبعا لبطلان ما تضمنه وهو البيع فكان وضع اليد عليه وضعا لا مسوغ له شرعا وذلك كاف في اعتبار يده حيثئذ يدا عادية.

ويلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يفرقون في الحكم بين بيع فاسد وبيع باطل، فكلاهما بيع غير صحيح، ولا اعتبار لوجوده في نظر الشارع؛ ولذا كان الحكم واحدا عندهم في الحالين، وهو ضمان المبيع في يد من اشتراه شراء غير صحيح.

سادسا: أما اليد التي يعد استمرارها استمرارا لقبض سابق كاليد تكون أثرا لعقد ثم تستمر بعد فسخه أو بعد انتهائه فالحكم عليها بأنها يد ضمان أو يد أمانة يتبع حكمها في وضعها السابق الذي استمر ببقائها، فإذا كانت يد ضمان كانت كذلك في استمرارها، لعدم تغير وضعها كيد المشتري شراء فاسدا بعد الاتفاق على التماسخ ورد البدلين فيه.

وقد بينا فيما سبق أن من العقود ما تكون اليد فيها يد أمانة، ومنها ما تكون اليد فيها يد ضمان، فإذا كانت اليد ضمان استمرت كذلك بعد انتهاء العقد إلى أن تستحيل يد أمانة بإذن يصدر من المالك وإذا كانت يد أمانة استمرت كذلك إلى أن تتحول يد ضمان بسبب من الأسباب الموجبة لذلك كالامتناع عن التسليم عند طلب المالك أو عدم المسارعة إلى الرد على المالك عند وجوبه على واضع اليد ووجوب مثوثته عليه مع انتفاء العذر المانع من ذلك، وهذا مع ملاحظة ما يعد تسليمًا ومالا يعد تسليمًا، وقد بينا ذلك والاختلاف فيه فيما سبق.

الحيلولة

عرض بعض الفقهاء للحيلولة بين المال ومالكة على اعتبار أنها سبب من أسباب الضمان يلزم به من أحدثها فيتعلق بذمته ضمان ذلك المال - وقد جاء ذكرها بهذا الاعتبار في كتب الشافعية والحنابلة عند بيانهم لأسباب الضمان في بعض المسائل، كما عرض لها فقهاء من الحنفية والمالكية في تعليلهم التضمنين في بعض المسائل.

فقد ذكروا أن التضمنين فيها سببه الحيلولة بين المال ومالكة وإن لم يصب ذلك المال تلف بناء على أنها بالنسبة إلى المالك في حكم التلف لما يترتب عليها من عدم انتفاع المالك بماله الذي حيل بينه وبينه فلم ينتفع به الانتفاع الذي يخوله له ملكه فكان مثله مثل المال التالف لا ينتفع به.

ويلاحظ أن الحيلولة في أكثر المسائل وقوعًا لا تكون إلا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال. وإن وضعها عليه قد يكون بحق وقد يكون تعديا. فإذا كان وضعها عليه بحق كما في يد الوديع ويد المستعير ويد المرتهن مثلا، فقد يحدث من أحد هؤلاء ما تترتب عليه الحيلولة بين المال وبين مالكة على وضع يحول دون انتفاعه به أو تصرفه فيه؛ كما إذا سلم المال لغيره أو أنكره فعندئذ يكون حدوث هذا من هؤلاء تعديا على المال إذا لم يكن عن رضا من المالك لمخالفته لما التزموا به بموجب أمانتهم، وكل فعل يعد تعديا على المال يستوجب تعلق ضمانه بذمة الفاعل، وإن كان فعلا لا يترتب عليه تلف المال. وبناء عليه إذا وقع هذا الفعل محققا للحيلولة بين المال وصاحبه على صورة يترتب عليها عدم تمكن صاحبه من الانتفاع به أو التصرف فيه كان ذلك سببا يستوجب التضمنين وذلك بإلزام الحائل بدفع قيمته إذا ما أصاب المال في هذه الحال تلف سماوى مثلا، أو حال دون رده إلى مالكة مانع من الموانع. وإذن تكون الحيلولة في هذه الصورة

سببا للضمان بوصفها اعتداء على مال الغير يعد في حكم إتلافه معنى، وإن لم يترتب عليها تلف المال حقيقة وإنما ألزم بضمان القيمة في هذه الحال؛ لأن المال فيها قد صار في حكم التالف بالنظر إلى صاحبه بسبب أنه ليس في يده، وإن كان هذا لا يمنع المالك من تتبعه عند واضع يده عليه ومطالبته بتسليمه إياه نتيجة لبقاء ملكه إياه، وهذا لا خلاف فيه.

أما إن كان وضعها عليه بغير حق فإن هذه اليد كما سبق تعد يدا عادية ومجرد وضعها يعد سببا لتعلق ضمانه بالذمة دون نظر إلى ما قد يترتب عليه من الحيلولة، وقد بينا فيما سبق أنه سبب لا يترتب عليه إلا شغل ذمة صاحب اليد بضمان ما تحت يده من ذلك المال على وضع يستوجب عليه أداء عوضه عند حدوث تلف له أو ما هو في حكم التالف، وإذا منع صاحب هذه اليد مالك المال من أخذه أو من الانتفاع به فقد حال بينه وبينه، وعندئذ يوجد لدينا سببان كلاهما يقتضى تعلق ضمانه بالذمة. أحدهما: اليد العادية على المال، والثاني: الحيلولة بين المال وصاحبه المتمثلة في تلك اليد العادية.

والسبب الأول وهو اليد العادية لا يستوجب إلا رد المال إلى صاحبه عند قيام المال وشغل ذمة صاحب اليد بالضمان عند وضعها عليه، وعلى صاحب اليد رده إليه ويلزم بذلك قضاء، وليس لصاحبه مطالبته حيثئذ بأداء قيمته مادام قائما في يده وفي الإمكان رده ولم يحدث بالمال ما يجعل للمالكة الخيار في طلبه أو طلب قيمته كما سبق أن أشرنا إليه وكان محلا لخلاف بين الفقهاء، وفي هذه الحال لا يحق للمالكة المطالبة بقيمته وذلك هو الحكم أيضا عند الحيلولة مادام المال قائما واسترداده ميسورا، ولكن إذا ترتب على الحيلولة تغيير هذا الوضع فأصبح استرداد المال غير ميسور وجب على من أحدثها دفع القيمة وتوجهت المطالبة بها إليه دون مطالبته برد المال؛ لعدم وجوده في يده، وعندئذ يرى أن ذمة المعتدى قد شغلت بقيمة هذا المال وبوجوب أدائها فعلا إلى مالكة بعد أن كانت مشغولة بقيمته فقط على وجه تعلقها بها تعلقا يستوجب وجوب أدائها عند التالف، وعلى هذا كانت الحيلولة سببا لتضمين من أحدثها بالقيمة، وإلزامه بدفعها إلى المالك، ولكن على أساس أنها في حكم القرض يتففع بها انتفاع القرض ويردها إذا ردت إليه العين المغصوبة، وذلك مادامت العين المغصوبة التي حيل بينها وبين مالكةا قائمة لم يحدث بها تلف أو ما يعد في حكم التلف من التعيب ولم يوجد إلا تعذر استردادها على مالكةا لسبب من الأسباب كإخفاء أو تغييب أو نحو ذلك. ذلك ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

والأمر الواقع أن سبب التضمن في جميع أحوال وضع اليد العادية إنما هو الحيلولة بين المال وصاحبه وليس التضمن عندئذ إلا مجرد شغل الذمة وتعلق الضمان بها مادام أن الرد ممكن، فإذا امتنع الرد وجب عندئذ أداء ذلك الضمان، أما قبل امتناعه فالواجب رد العين.

ومن هذا البيان يتضح أن الحيلولة تكون سببا للتضمن، ولكنها تكون سببا للتضمن بمعنى شغل الذمة فقط مادام المال قائما ميسور الرد، إذ الواجب عند ذلك هو رد المال إلى صاحبه باتفاق الفقهاء، وليس لصاحبه عند ذلك أن يطالب بقيمته، وتكون سببا للتضمن بمعنى الإلزام بأداء عوض المال من مثل أو قيمة إذا ما تعذر الرد بسبب من الأسباب، ولكن على أن يرد ذلك إلى دافعه إذا ما ردت العين المغصوبة إلى مالكيها ولذا كان في حكم القرض، كما يتضح أيضا من البيان السالف أن سببية الحيلولة للتضمن على هذا الوضع ليست محللا لخلاف بين جمهور الفقهاء، غير أن منهم حين تعليقه يذكر اسم الحيلولة التي يتمثل الاعتداء فيها، وبعضهم يكتفى بذكر اسم الاعتداء دون تعبير عنه بالحيلولة، وذلك ما لا يترتب عليه خلاف إلا في التعبير.

جاء في كشاف القناع: إذا غضب إنسان عبدا أو فرسا ففر جامحا أو شيئا تعذر عليه رده إلى صاحبه بسبب من الأسباب مع بقاء العين فذلك ما يعد سببا لدفع القيمة فقط - ويملكها المغصوب منه بفبضها فيصبح تصرفه فيها كسائر أملاكه من أجل الحيلولة، ولكنه ملك ليس على وجه المعارضة بينها وبين المغصوب؛ ولذا لا يعد الغاصب في هذه الحال مالكا للعين المغصوبة بدفع قيمتها؛ لأنه لا يصح أن يملكها بالبيع حيثئذ، لعدم القدرة على التسليم فلا يصح أن يملكها كذلك بالتضمن كالحال في التالف؛ إذ إنه يملك التضمن قبل تلفه. قال في التلخيص: ولذا لا يجبر المغصوب منه على أخذ القيمة إذا ما عرضها عليه الغاصب عند قيام العين المغصوبة لبقاء ملكه فيها ولا يصح إبراءه منها لعدم تعلقها بذمته إذ لا تعلق لها بذمته مع بقاء العين المغصوبة على ملك صاحبها وإنما يثبت له جواز أخذ القيمة في هذه الحال دفعا للضرر عنه فكان ذلك إلى رأيه وخبرته لا إلزاما له. ولهذا لا يملك الغاصب أكسابها لأنه لم يملكها وإذا قدر على ردها بعد ذلك ردها إلى مالكيها بنمائها المتصل والمنفصل واسترد القيمة بزوائدها المتصلة فقط من سمن ونحوه لأنه إنما وجب دفعها من أجل الحيلولة وقد زالت ولا يرد المنفصلة بلا نزاع. (قوله في الإنصاف) (١).

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٠.

وفي تحقق ذلك في الواقع نظر إذ لوحظ أن القيمة لا تكون إلا نقداً، وليس للنقد زوائد متصلة، أو منفصلة ولا يأتي إلا بالريح عند الاتجار به.

وجاء في كشف القناع أيضاً: أن من حبس مالكا عن ماله ومنعه من الانتفاع به بذلك الحبس ومن التصرف فيه لم يضمن، أي لم يتعلق بذمته ضمانه، ولكن إذا تلف بسبب هذا الحبس ضمن، لتسببه في تلفه بفعل منه هو الحبس، والمذهب عدم الضمان في الحبس مطلقاً، ورأى بعض الفقهاء أنه إن كان الحبس بحق لم يضمن التلف بسببه، لعدم التعدي فيه وإلا ضمن لتعديه به حيثئذ.

ويلاحظ أن الحيلولة قد تحققت بالحبس عند عدم التلف ولم يترتب عليها ضمان ويدل هذا على أن الحنابلة يشترطون في التضمين بالحيلولة سبق يد المعتدى بها على المال، فإذا لم تكن له يد عليه فلا يترتب عليها ضمان، وهو مذهب الشافعية، يدل على ذلك ما جاء في نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٢ من أنه لو حبس شخص مالك دواب عنها حتى تلفت بسبب ذلك الحبس لم يضمنها ولو كان الحبس ظلماً، إذ إنه بحبسه المالك وترتب تلف الدواب على ذلك حال بين مالكيها وبين الانتفاع بها، ومع ذلك لم يرتبوا عليه ضماناً.

ومن مسائل التضمين بسبب الحيلولة أن يكون المال في يد شخص فيقر به لشخص آخر ثم يقر به بعد ذلك لثالث، وهو في يده فيقضى به للمقر له الثاني، إذ يجب على المقر عندئذ ضمان قيمته للمقر له الأول للحيلولة بينه وبين ما له الذي أقر له به بسبب إقراره للثاني.

ومن مسائله أيضاً أن ينتقل الغاصب بما غصب من المال إلى بلد آخر وجد فيه المالك ولكن إعادته إلى بلد الغاصب تتطلب نفقات لا يرضاها المالك فإن له حيثئذ أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب، للحيلولة التي ترتبت على نقله المال المغصوب إلى بلد آخر وعدم تيسر رده في بلد غصبه وهو الرد الواجب، وذلك ما ذهب إليه الحنابلة.

وجاء في «نهاية المحتاج»: إذا نقل الغاصب المغصوب إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده، وأن يطالبه بقيمته في الحال قبل رده، لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه، وإذا أدى الغاصب القيمة ملكها المغصوب منه تملك قرض يتففع بها على حكم ردها عند رد العين المغصوبة.

ومن ذلك يرى أن الشافعية يذهبون إلى أن الحيلولة التي يصاحبها نقل المال إلى بلد آخر يترتب عليها حق المطالبة بقيمة المال لكن لا على وجه المعارضة بل على وجه القرض؛ دفعا للضرر إلى أن يحدث الرد في بلد الغصب فتدّ قيمة المال.

كما يلاحظ أن المالكية والشافعية يرون أن نقل المثلّي من بلد الغصب إلى بلد آخر تفويت يترتب عليه حق المطالبة بعرضه. أما القيمي فلا يعد نقله تفويتاً إلا إذا كانت إعادته تتطلب حملاً ومثونة، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى. وقياس ما ذهب إليه الحنفية يخالف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، فإن الحنفية يرون أن التضمن يدفع القيمة يستوجب تملكها ملكاً تاماً بأدائها وعلى أساس ذلك يملك الغاصب المغصوب من وقت الغصب لا فرق عندهم بين أن يكون ذلك مع قيام العين المغصوبة، ومع تلفها متى قضى بالضمان^(١).

ويؤخذ مما ذكره الحنفية من النص على وجوب تضمين ذي اليد العادية قيمة ما تحت يده من عين إذا غيبها وأنه يملكها بهذا التضمن ملكاً مستندا إلى وقت تعديه عليها بوضع يده. إن أداء القيمة في هذه الحال إلى المغصوب منه مبني على المعاوضة بينها وبين العين، وعلى ذلك يملك مالك العين قيمتها بأدائها إليه لا على وجه القرض الذي ذهب إليه الحنابلة والشافعية بل على وجه المعاوضة.

ولذا قالوا: إذا ظهرت العين بعد ذلك وكانت قيمتها المدفوعة إلى مالكها مقدرة بقول ذي اليد وظهر أن قيمتها في حقيقة الأمر أكثر مما أدى كان المالك بالخيار إن شاء رضى بما أخذ فيها وإن شاء استرد العين، لظهور عدم رضاه بالمعاوضة وإن كانت مقدرة بقول المالك لم يكن له ولا لذي اليد خيار في جميع الأحوال. وإن ظهر أن القيمة التي للعين أقل مما أدى فيها لم يكن لأحد منهما خيار وكانت العين لذي اليد، ومؤدى ذلك أن الحنفية لا يعيرون الحيلولة التفاتاً والضمان عندهم إنما هو بسبب اليد العادية ولا يجعلون الحيلولة سبباً مستقلاً من أسباب الضمان^(٢).

(١) راجع الخرشي ج٦، ص ١٥٤ ونهاية المحتاج ج٥، ص ١٦٢ وكشاف القناع ج٢، ص ٣٩٦.

(٢) الدر وابن عابدين ج٥، ص ١٤٢، ١٤٣، ط الحلبي.

الغرور

الغرور هو الخطر. وفي الحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر. وفي القاموس غَرَّ غَرًّا وغُرُورًا. وَغَرَّةٌ فهو مغرور، وغرير كأمير خدعه وأطعمه بالباطل فاغتر. ويقال: غَرَّتْهُ الدنيا غرورا خدعته من باب قعد. وَغَرَّرَ بنفسه تغريرا، عرضها للتهلكة. والاسم الغَرَرُ، ويستعمل الفقهاء الغرور في الحمل على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بزعم أن فيه المصلحة، ولو عرفت حقيقته ما قبل.

وعلى ذلك لا يتحقق غرور إلا بالحمل والترغيب من الغار بالوسائل الباطلة الكاذبة المظهرة للأمر على خلاف واقعه وحقيقته، وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نيته.

ووسيلة الغرور قد تكون قولاً كما في وصف كاذب مضلل يراد به الحمل على الفعل، وقد تكون فعلاً كما في تصرية الشاة، بغية إظهارها غزيرة اللبن وكما في طلاء الأشياء لإخفاء نوعها وإيهام أنها من نوع جيد ليقبل الناس على شرائها ونحو ذلك.

ويكون الغرور في العقود فيقبل الإنسان بسببه على إنشاء عقد يحسب أن مصلحته في إنشائه، أو أنه خال من غبن ثم يتبين أنه قد خدع فيه وأنه على خلاف ما ظن أو يرغب فيه أو يظهر أن فيه غبنا فاحشا. وأثر ذلك يظهر في عدم لزوم العقد بالنسبة للمغرور على تفصيل يرجع إليه في أحكام العقد إذا بنى على غرور وتدليس إذ إن التدليس ضرب من الغرور.

ويكون في الأفعال، كما في الحمل على سلوك طريق على ظن أنه آمن فيأخذ اللصوص أموال سالكه، أو على مباشرة فعل على ظن أنه غير محظور أو غير خطر لا يترتب عليه تلف ثم يتبين أنه على خلاف ذلك فيؤدي إلى تلف مال.

والذي يعيننا من الغرور في موضوعنا هذا ما يؤدي بالمغرور إلى إتلاف مال لغيره على ظن أن له حق إتلافه، أو إلى إحداث ما يتسبب عنه تلف مال لنفسه أو لشخص آخر، أو إلى قبول المغرور لوجوده في مركز عرضه للالتزام بضمان مال تلف لم يكن يلزمه ضمانه لولا وجوده في هذا المركز؛ استجابة لهذا الغرور، فهذه ثلاث حالات:

مثال الحالة الأولى:

أن يأمر الحائز لشاة مثلاً غيره بذبحها لحاجته إلى لحمها فيذبحها طاعة له على ظن أنه مالكةا ثم يتبين أنه غاصب لها فإن المأمور ما أقدم على ذبحها إلا لظنه أن ذلك حق له بناء على أمر حائزها الذي ظنه مالكةا لها ولمباشرته إتلافها يلزمه ضمانه ويرجع به على الأمر.

مثال الحال الثانية:

أن يستأجر شخص أجراً لبناء جدار في فناء داره، ثم يسقط الجدار بعد الفراغ من بنائه على حيوان لإنسان فيميته ثم يتبين أن الأمر لم تكن له هذه الدار، أو أن الفناء ليس فناءه، وإنما هو جزء من الطريق العام وإن الأجراء قد خدعوا فإن التلف هنا كان نتيجة لسقوط جدار أحدثه الأجراء بناء على أمر صدر لهم ممن ظنوا أن له حق إصدار هذا الأمر وقد أصاب مالا لغير المغرور. 'الحكم في هذه المسألة كالحكم في سابقتها.

ومن صور هذه الحال أن يشتري شخص من آخر داراً في حاجة إلى العمارة ثم يقوم بعمارتها من ماله ويتبين بعد ذلك أن البائع لها غاصب. فإن ما أنفق المشتري على العمارة من ماله قد أنفق وهو مغرور إذ كان على أساس اعتقاده بأن البائع مالك للدار، وبذلك تبين أنه أتلف ماله في عمارة دار لم يملكها ولم يأمره مالكةا بعمارتها وذلك بناء على غروره، وعلى ذلك يكون له حق الرجوع بما أنفق على بائعه على ما ذهب إليه بعض الفقهاء.

ومثال الحال الثالثة:

أن يودع شخص مالا عند آخر فيتألف المال تحت يد الوديع ثم يظهر أن المال لم يكن ملكاً للمودع وإنما كان مغصوباً وقد خدع الوديع في قبوله إيداع ذلك المال؛ إذ ظن أن المودع مالك له وما قبل الوديع أن يكون وديعاً إلا على ظن أن المودع مالك لما أودعه إياه؛ ولذا يكون ضمانه على الوديع يرجع به على المودع.

وقد اختلف الفقهاء في تضمين الغار قيمة ما تلف بسبب غروره، فذهب الحنفية إلى أن الغار لا يضمن إلا في ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون في قبض يرجع نفعه إلى المقبض كالقبض في الوديعة، وفي الإجارة في شركة العقد، وفي المضاربة. فإذا قبض الوديع الوديعة ثم تلفت عنده بلا تعد

أو تقصير ثم تبين أن المودع غاصب للوديعة وأن يد الوديع لذلك يد عادية ضامنة لتلف الوديعة عنده فإن الوديع يضمن ويرجع بالضمان على المودع لغروره؛ إذ قد غر الوديع بالإيداع والإقباض لمنفعته مما جعله يظن أنه المالك ويقبل أن يكون في هذا المركز.

وكذلك الحكم في الإجارة يتبين فيها أن المؤجر غاصب بعد تلف العين المستأجرة في يد المستأجر فإن المستأجر يرجع بما يغرمه من قيمة العين المستأجرة على المؤجر، لغروره إذا ما ضمن قيمة العين لتلفها تحت يده.

وكذلك الحكم فيما هو من هذا القليل كالراهن؛ إذ يعد غاراً للمرتهن والشريك ورب المال في الشركة وفي القراض، وهذا بخلاف العارية والهبة، إذ لا يرجع المستعير على المعير بقيمة العارية إذا تلفت عنده إذا ما ضمنها ولا الموهوب له على الواهب، بما ضمنه من قيمة العين الموهوبة المغصوبة إذا تلفت عنده؛ لأن قبض كل منهما كان لنفسه، فالمستعير قبض العين للانتفاع بمنفعتيها بالمجان والموهوب قبضها لتكون ملكاً له دون أن يكون على الواهب عهدة وقد دخل على ضمان - والضمان في هذه الصورة ضمان إتلاف وكذلك الحكم في البيع عند الجمهور عند جهل المشتري، ومن الفقهاء من جعل للمستعير حق الرجوع على المعير، لغروره.

الثانية: أن يكون الغرور قد تضمن اشتراطاً كما لو زوجه امرأة على أنها -ترة ثم استحققت وظهر أنها رقيقة فإن الغرور يراجع على من غره بما غرمه لمستحقها من قيمة ولدها الذي ظهر رقيقاً إذا ما غرمها.

ومثل ذلك إذا قال شخص لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإذا كان غير آمن وأخذ اللصوص مالك فأنا ضامن ثم سلكه فأخذ اللصوص ماله فإنه يكون ضامناً ويتبع الغرور من غره بسلكه: وهذا بخلاف ما إذا قال له اسلك هذا الطريق فإنه آمن ولم يشترط الضمان فإنه إذا سلكه فضاع ماله لم يضمن الغار.

وإذا قال له: أعط هذا الطعام لدوابك فإنه صالح وليس بسام فأطعم دوابه منه فهلك لم يضمن قيمتها، لعدم الاشتراط الضمان عند التلف، وكذا إذا قال شخص لآخر: إن فلانة حرة فتزوجها الآخر بناء على ذلك ثم ظهر أنها رقيقة فلا ضمان على المخبر، لعدم الاشتراط، وكذلك لو قال شخص لحائك أهذا القماش يكفيني ثوباً فقال له: نعم فأمره بأن يفصله ففعل وظهر أنه لا يكفي فلا ضمان على الحائك؛ لعدم

الاشتراط، ولكن لو قال له: إن كان يكفيني ففصله فقال له: نعم، وفصله وظهر أنه لا يكفي ضمن، لوجود الاشتراط على الحائك ضمناً فإن إذن الحائك بالتفصيل صدر معلقاً على كفاية الثوب، ومؤدى ذلك أنه يكون غير مأذون عند عدم كفايته فإذا أقدم على ذلك كان ضامناً لتعديه بالإقدام على الإتلاف.

وقد ذكر بعض فقهاء الحنفية أن الضمان عند الاشتراط يعد ضمان كفاية؛ إذ إن المعنى فيه التزام الضمان عند التلف، وهذا ما يكفي لعدم اعتباره ضمان غرور؛ أي ضماناً ليس مرجعه الغرور ولكن الاشتراط.

الثالثة: أن يكون الغرور ضمن عقد معاوضة أو متعلقاً به فلو باع شخص أرضاً لآخر فبنى فيها ثم استحقت الأرض، وظهر أنها ليست لبائعها رجع المشتري بقيمة البناء على البائع لغروره - ولو قال لأهل السوق: بايعوا فلانا فإنه ابني وقد أذنت له في التجارة فظهر أنه ابن لغيره رجعوا عليه، للغرور لأن هذا في معنى ضمان الدرك. ولو قال الطحان لصاحب البر: ضع برك في الدلو وهو يعلم أنه مثقوب فوضعه فيه فذهب البر في ماء الطاحونة كان الطحان ضامناً إذا كان يعلم بثقب الدلو؛ لحدوث الغرور فيما هو متعلق بعقد معاوضة هو عقد الإجارة على الطحن، ولو استأجر أجراً على أن يفتحوا له باباً في حائط لدار يسكنها فظهر أن الدار لغير المؤجر كان عليه الضمان؛ لوقوع الغرور في عقد إجارة يظن معه أن المؤجر مالك. والضمان في هذا وما قبله ضمان إتلاف.

ومن ذلك المستعير إذا أجر العارية لمن يجهل أنه مستعير فإنه يضمنها إذا هلكت عند مستأجرها، لغروره إياه، ومن ذلك أن يعير المالك الأرض للبناء مدة معلومة فيبنى فيها المستعير ثم يرجع المعير قبل انتهاء المدة فإن المالك يضمن قيمة البناء سليماً لغروره بتوقيت العارية.

ويرى المالكية أنه لا يحق للمعير أن يرجع قبل انتهاء مدة العارية؛ ولذا يبقى البناء والغرس في الأرض إلى انتهاء المدة جبراً على المعير.

ويرى الشافعية أن للمعير أن يرجع؛ لأن الإعارة إباحة والإباحة غير لازمة ولو كانت مؤقتة، وللمعير أن يجبر المستعير على هدم البناء وقلع الشجر ويلزم الضمان فيدفع للمستعير ما نقصه البناء أو الغراس بسبب القلع والنقص وإلى ذلك ذهب الحنابلة.

والغرور القولي: لا يستوجب الضمان إلا إذا كان في حال يغلب فيها الصدق عادة حتى يعد المباشر للإتلاف مغروراً وقد صدر عنه الفعل بحكم العادة والعرف؛ نتيجة عادية لما يسببه الغار من غرور للمغرور جعله بمقتضى العادة في حكم الفاعل المباشر الذي يضاف إليه التلف فيلزمه لذلك الضمان بناء على قاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف التلف إلى المباشر.

أما إذا كان في حال لا يغلب فيها صدقه ولا يورث عند السماع اطمئناناً فلا رجوع للمغرور على الغار؛ إذ إنه لا يجب عليه تصديقه^(١).

وذكر بعض المالكية أن الغرور القولي مختلف في إيجابه الضمان على الغار، والمشهور عدم إيجابه الضمان بخلاف الفعل فإنه موجب للضمان إذا ما أدى إلى التلف.

والغرور القولي مثلوا له بأن يأتي شخص بقطعة قماش لخياط ويسأله أن تكفي فيقول: نعم ويفصلها له في غيبته ويظهر أنها لا تكفي فإن الخياط لا يضمن قيمة القماش، وهذا بخلاف ما إذا شرط عليه فقال: إن كانت تكفي ففصلها، فقال: تكفي وفصلها وظهر أنها لا تكفي فإنه في هذه الحال يضمن؛ لوجود الاشتراط بخلاف الحال الأولى فلا ضمان فيها على الغار، والظاهر أن الاشتراط يجعل الغار في حكم الكفيل وأن الغرور بالقول إذا ما تضمن اشتراطاً خرج الضمان بسببه عندهم عن أن يكون ضمان غرور إلى ضمان كفالة باشتراط.

ومن الغرور القولي الموجب للضمان عند الشافعية أن يذهب إنسان إلى صيرفي فيؤجره على أن يفحص له دراهمه فيعرفه بأنها جيدة ثم يظهر أنها زائفة فإنه يكون ضامناً؛ لأنه غرور في عقد إجارة فإن لم يكن له أجر على ذلك فلا ضمان عليه. ولكن جاء في المذهب أنه إذا قدم الرجل من سفر وهو مفطر في رمضان فغرت زوجته بقولها له: إنها مفطرة وكانت في الواقع صائمة فوطئها فعلى القول بأن عليه في ماله بالجماع في رمضان كفارة واحدة عنه وعنهما لم تجب كفارة إذ لا يلزمها كفارة بوطنه، وإنما يلزمه كفارة واحدة عنه وعنهما ولا محل لإجباره على كفارة عليه لأنه مفطر وليس عليها كفارة بوطنه، وعلى القول بأن على كل منهما كفارة بالجماع في رمضان ولكن تدفع من مال

(١) راجع للمختار ج٤ ص ١٧٩ وما بعدها، وإتحاف الأبصار ص ٢٧٧ والزيلعي ج٦ ص ١٤٥.

الزوج لا كفارة عليه؛ لأنه مفطر وعليها كفارة يدفعها الزوج طعماً أو إعتاقاً من ماله ويرجع بذلك عليها لغروره^(١) وهذا يدل على أن من الشافعية من يرى أن الغرور القولي يترتب عليه التضمن.

أما الغرور الفعلي عندهم فهو موجب للضمان ومثلوا له باستئجار حامل بدابة على حمل متاعه فربط الحمال المتاع عليها بحبل بال فسقط المتاع وتلف فإن الحمال يكون ضامناً بغروره بربط المتاع بحبل بال انقطع عند سير الدابة فسقط المتاع فتلف فكان ضمانه عليه لتسببه في التلف بفعله بصورة تجعل التلف لازماً له.

ومن صور ذلك ما إذا استأجرت بناء لبناء جدار لحمل سقف فيقيمه سليم المنظر فاسد المخبر فيسقط بما حمل عليه اعتماداً على سلامة منظره فإن ضمان ما تلف بسبب سقوطه على من بنى لغروره بإقامة الجدار على وضع فاسد سقيم.

ومن ذلك أن تستأجر صانعاً لسد ما في خابية من خروق فيسدها سداً غير محكم فيسيل ما وضعته من سمن فيها على الأرض فيتلف فإن ضمانه على الصانع، لغروره بفعله إذ لم يقم بما استؤجر عليه بإحكام.

قالوا: ومحل عدم التضمن بالغرور القولي ألا يكون مصاحباً لعقد أو شرط فإن كان مع أحدهما كان موجباً للضمان. فإذا قال شخص لآخر اشتر سلعة فلان فإنها سليمة والحال أنها معيبة ثم تولى العقد عليها وظهر أنها معيبة فإنه يكون ضامناً؛ لغروره بفعله المصاحب للشرط كما في مسألة الحائك السابقة وقد تقدم ما يدل على أن ذلك محل خلاف كما في مسألة الإفطار في رمضان.

وعن مالك: من استأجر دابة للحمل وصاحبها يعلم أنها عشور ولم يعلم مستأجرها بذلك فأسقطت الحمل فأفسدته كان ضامناً، للغرور^(٢)، وذلك لما في العقد من معنى ضمان السلامة.

وجاء في «الشرح الكبير»: إذا أفتى إنسان آخر بما ترتب عليه إقدامه على إتلاف مال بناء على أنه ملك له استناداً إلى هذا الإفتاء أو بناء على أن فيه خطراً يستوجب إتلافه شرعاً، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ذلك فلا ضمان على المفتي إن كان مجتهداً؛

(١) راجع المذهب ج ١ ص ١٨٣، ١٨٤.

(٢) منح الجليل ج ٣ ص ٧٨٦ والخرشى ج ٧ ص ٣١ والشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٥.

لأنه غرور بالقول، والاجتهاد غير ملزم، وإنما يضمن المال من باشر إتلافه، أما إذا كان المفتي غير مجتهد كان ضامناً إن كان السلطان قد نصبه للفتوى، لأنه يعد حينئذ عاملاً مقصراً في عمله تسبب في التلف بسبب تقصيره، أما إذا لم يكن منصوباً للفتوى ففي ضمانه قولان مبنيان على الخلاف في الغرور القولي أيوجب الضمان أم لا؟.

ومن قدم لإنسان طعاماً ضيافة فأكله على ظن أن الطعام لمن قدمه ثم ظهر أنه مغصوب كان استقرار الضمان على من قدمه، وضمن الآكل لمباشرته الإتلاف ويرجع على من قدمه، وهذا من قبيل الغرور بالفعل.

وما تقدم يتبين أن أساس التضمن بالغرور إما الإتلاف بالتسبب إن كان غروراً بالفعل وإما الضمان والالتزام بالقول إن كان غروراً بالقول.

وبناء على ما ذكر يجب أن يلاحظ في التضمن بناء على الغرور بالفعل ما يلاحظ في التضمن بالتسبب من شروط وخلاف.

أما الغرور بالقول فإنه إذا تضمن اشتراطاً بالضمان عند التلف كان التضمن فيه حينئذ من قبيل الالتزام بالشرط لا من قبيل التضمن بسبب الغرور المحض، وإذا لم يتضمن الاشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء؛ إذ لا يجب على المغرور تصديقه بل يجب عليه التروى والنظر حتى يصدر عن رأيه هو؛ وعند آخرين إذا كان العرف يقضى بتصديق الغار فيما دعا إليه يترتب التضمن عند التلف، وبخاصة إذا صدر الغرور ممن يرجع إليه في مثل ما أشار به ودعا إليه واشتهر بصدقه في نصحه، وإلا لم يترتب عليه ضمان.

أساس التضمن في الفقه الإسلامي وما يترتب عليه من حكم

أشرنا فيما سبق إلى أسباب التضمن وأنها إما إلزام الشارع، أو إلزام الإنسان نفسه، أو الفعل الضار يحدث ممن يصح تضمينه؛ نتيجة تحمله لتبعات فعله، أو الحيلولة المتمثلة في وضع اليد العادية على مال الغير، أو الغرور. والناظر في هذه الأسباب - على العموم - يرى أن التضمن إما أن يكون راجعاً إلى الإلزام ممن له ولاية الإلزام، أو إلى الضرر المالي.

القسم الأول: ما يرجع الضمان فيه إلى الإلزام، وهو نوعان:

أحدهما: ما يرجع إلى إلزام الشارع.

ثانيهما: ما يرجع إلى إلزام الإنسان نفسه.

أما النوع الأول فهو ما يرجع إلى إلزام الشارع فذلك في الاعتداء على النفس أو على أطرافها، وفي الاعتداء على صيد الحرم، وفي اعتداء المحرم على صيد البر وفي الإلزام بالنفقات والكفارات والصدقات والأضاحي والهدايا والخراج والجزية والعشر، وذلك ما يندرج تحت طائفتين.

إحدهما: ما كان إلزام الشارع فيها نتيجة اعتداء.

وثانيهما: ما كان إلزام الشارع فيها لمصلحة أوجب ذلك.

والطائفة الأولى تشمل جميع الديات والأروش التي أوجبها الشارع في الاعتداء على النفس أو على أطرافها أو جزاء الاعتداء على صيد الحرم أو مخالفة المحرم لما يوجبه عليه إحرامه وحجه، وليس في شيء من ذلك اعتداء على حق لأحد من الناس يطلب تعويضه وجبره، وليس فيه إلا مخالفة ما أمره به الشارع، لمصلحة استوجبت هذا الأمر واستتبع وضع جزاء لمخالفته، حملاً للناس على امتثاله وزجراً لهم حتى يتحقق هدفه.

ويلاحظ أن ما شرعه الشارع من الضمان عند الاعتداء على النفس أو على أطرافها منه ما تكفل الشارع ببيان مقداره، ولم يختلف هذا المقدار بالنظر إلى الجناية واختلاف ظروفها وأصولها، وما يترتب عليها من الضرر ولا إلى اختلاف الأشخاص الذين مستهم مكانة ومركزاً، وذلك ما أبعدته عن معنى التعويض.

ومنه ما ترك الشارع تقديره لذوى الخبرة والعدالة وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بحكومة العدل إلا أن الفقهاء قد ذهبوا فيه، اجتهاداً منهم، إلى أنه يجب أن يراعى في تقديره تقدير الشارع الوارد في الأروش والديات من ناحية عدم مراعاة مقدار الضرر في كل جرح أو شجه، وأن يراعى في ذلك ما قدره الشارع في الأفعال بقدر الإمكان، وذلك لاتحاد موضوع المخالفة أو تشابهه، وعلى أية حال فلمنه على هذا الأساس قد فقد خصائص التعويض وسماته كما لم تكن له خصائص التعزير ومميزاته وإنما أخذ مكاناً وسطاً بينهما فكان شبيهاً بكل منهما؛ إذ من الحق أن هذا النوع من الضمان كان مما اصطلاح عليه الناس قبل الإسلام إرضاء للنفوس وكفا لدواعي الثأر من

أن تميل بأصحابها إلى الانتقام والمجازاة بالمثل، أو لما هو فوقه فكانت فكرة التعويض ماثلة فيه.

ولما أقر الإسلام هذا المبدأ لم يفقد بإقراره ذلك للمعنى بل ظل مقصوداً منه على وجه ما، وإن لم يكن تعويضاً كاملاً عادلاً، كما أن فكرة الزجر والردع لا زالت فيه لم يتجرد منها، وهي تقوم على الإيلام بأخذ المال.

وأما الطائفة الثانية فتتناول ما أوجبه الشارع لمصلحة اجتماعية، وهو ما عدا ذلك مما ذكرناه آنفاً، ومنه ما قام الشارع بتقديره كالزكاة المفروضة والكفارات، ومنه ما ترك لأولى الأمر تقديره كالخراج والجزية. وهذا النوع بقسميه لا يقوم على أساس فكرة الاعتداء على حق لأحد، إنما شرعه الله سبحانه وتعالى لداعية أمن المجتمع وانتظامه وإشاعة التعاون والترابط فيه، ومن ذلك يبين أن التضمين فيه لا يقوم على فكرة التبادل والمماثلة في التعويض والجبر.

وأما النوع الثاني من الضمان الذي يرجع إلى الإلزام فهو ما يلزم الإنسان نفسه به سواء أكان ذلك التزاماً انفرادياً غير مقابل بالتزام من جانب آخر كما في الالتزام بالنذور والالتزام بالمعروف أو بأداء نفقة أو أداء دين عند من يرى ذلك من الفقهاء أم كان التزاماً نتيجة لعقد من عقود التبرع التي تتم بين طرفين، كما في عقود الكفالة عند بعض الفقهاء وفي باقي التبرعات فإن ذلك كله يقوم على ما للإنسان من ولاية على ماله، أو على ذمته تجعل له حق التصرف فيهما بما لا يمس غيره بضرر، وعلى ذلك كان هذا النوع من الضمان بعيداً عن فكرة المبادلة والتعويض، إذ إنه تبرع ألزم الإنسان به نفسه غير مقابل ببذل.

ويلحق هذا النوع جميع الالتزامات التي تنشأ عن عقود المعاوضات أثراً لها أو مكملتها لأثرها، كما في التزام البائع بتسليم المبيع سليماً من العيوب، والتزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المؤجر بتسليم العين المستأجرة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة ونحو ذلك. فإن هذه الالتزامات وإن كانت مقابلة بالتزامات مماثلة، وفي ذلك معنى المبادلة، إلا أن امتناع الملتزم عن القيام بتنفيذها لا يتمثل في إتلاف مال أو إفادة، وإن ترتب عليه من الضرر ما حرمه الشارع، إلا أنه لم يكن بالضرر المالى الذى يتمثل في فقد مال متقوم كان له وجود وقيام. ومن أجل ذلك لم يستعج في نظير الفقهاء تعويضاً مالياً عنه؛ لأن فكرة التعويض إنما تقوم على إحلال مال محل مال فقد؛ رفعا لضرر فقده وإعادة الحال

إلى ما كانت عليه، وذلك ما لا يتحقق في حالتنا هذه وستزيد هذا بياناً في موضعه.

القسم الثاني: ما يرجع الضمان فيه إلى الضرر المالي:

أما ما يرجع من الضمان إلى الضرر المالي فهو الضمان بناء على الفعل الضار، أو على الحيلولة التي تتمثل في وضع اليد أو على الغرور، وهذا النوع يقوم على فكرة التعويض وجبر الضرر، وذلك بإحلال مال محل ما فقد من المال، لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر، وعلى هذا الأساس بدت فكرت المبادلة بين المال الفاقد وبين ما يدفع فيه من المال، ليحل محله تعويضاً عنه وجبراً لما حدث من نقص بسبب فقده.

وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما يدفع من المال عند التلف تعويضاً عن المال المفقود، ووجب أن يكون التعويض في الضرر المالي الذي يتمثل في فقد مال لا في ضرر غير مالي، وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبي ولا في ضرر لا يتمثل في فقد مال، كالموجود، كالضرر الناشئ عن امتناع عاقد من المضي في عقده؛ إذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين كما بدت كذلك فكرة التملك بالتضمين نتيجة لازمة لما في التضمين من المبادلة حتى لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد هو المضرور؛ ولذا كان إيجاب الضمان على المعتدي مستتبعاً تملك ما جعل الضمان عوضاً عنه. وعلى هذا ألزم بالضمان من اعتدى على مال متقوم لغيره فأتلفه، فإذا ألقى شخص على ثوب لآخر ناراً فأحرقته والتهمته النار ألزم بضمانه، واستتبع ذلك تملكه الثوب التالف قبل احتراقه؛ بمعنى أن إتلاف الثوب يقارنه الإلزام بضمان قيمته ويقارن ذلك أيضاً تملكه حتى لا يصادف التملك ما لا معدوماً.

ويرى الحنفية أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب، أو العين المعتدى عليها بفعل المعتدى حتى زال اسمها ومعظم منافعتها، أو اختلطت بملك الغاصب أو المعتدى بحيث لا يمكن تمييزها أصلاً أو لا يمكن ألا يخرج - زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب أو المعتدى وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها إلا بعد أن يؤدي بدلها، ومن ذلك شواء اللحم وطحن الحنطة وزرعها واتخاذ الحديد سيفاً واتخاذ النحاس إناء إلا الذهب والفضة فإن المعتدى عليهما لا يملكهما باتخاذ إناء منهما أو بضربه أحدهما دنائير أو دراهم عند أبي حنيفة؛ إذ لا يرى للصنعة فيهما قيمة ولا يعدّها تغييراً، خلافاً لصاحبيه.

ويرى أبو يوسف أن تغيير العين لا يقطع حق المالك عليها فيبقى ملكه فيها ولكن يكون له الخيار في أخذ ضمانها، غير أنه إذا اختار أخذ العين لم يكن له أن يضمه نقصانها في الأموال الربوية؛ لأنه يفضى إلى الربا وذلك بأخذ مال لا في مقابلة عوض بعد أن عاد إليه ماله، كما روى عنه أيضاً أن ملكه يزول عن العين وتصبح ملكاً للمعتدى، ولكن إذا مات المعتدى مدينا كان المغصوب منه أحق بها من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض؛ لعدم رضاه ببطلان حقه وإنما ثبت الملك للمعتدى عند تضمينه؛ لأن تضمينه كان بإتلافه وقد حق عليه أداء البدل؛ دفعاً للضرر. وإذا أداه إلى المغصوب منه تملكه وإذا تملكه لم يبق له ملك في البدل عنه، إذ لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، وعلى ذلك يثبت الملك لمن قام بأداء البدل، وذلك شأن المعاوضة حتى لا يضار بأخذ ماله دون مقابل وكذلك الحكم إذا عيها وغيرها؛ إذ يعد حينئذ أنه قد استهلكها من وجه، وذلك لفوات بعض ما يقصد منها، بل وفوات ذاتها أيضاً من وجه باستحالتها وتغييرها حتى صار لها اسم آخر - وهذا إلى ما أحدثه فيها من الصنعة وهي حق له قائم من كل وجه وهي أولى بالمراعاة من محلها وهو الذات وإن كانت وصفاً لها؛ ذلك لأنها زيادة حدثت في العين بفعل المعتدى فكانت كسباً له، والكاسب أحق بكسبه من غيره وإن كان في محل مملوك لذلك الغير.

وليس يحول دون هذا أنها حدثت بعد اعتداء محظور، والمحظور لا يصلح أن يكون سبباً لحكم شرعى وهو نعمة الملك؛ ذلك لأنه لم يكن أثراً مباشراً له مقصوداً وإنما يثبت الملك اقتضاء ضرورة امتناع اجتماع البدلين في ذمة واحدة، وقد يكون المحظور سبباً للحكم الشرعى كالصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها تكون سبباً لسقوط الفرض وحصول الثواب بذلك مع أنها محظورة حينئذ، وعلى الجملة فإن العين قد تبدلت بتغييرها وتجدد لها اسم آخر وأصبحت كعين أخرى حصلها المعتدى بكسبه فيملكها، غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل أن يؤدي بدلها حتى لا يفتح باب الغصب.

ويدل على هذا ما روى عن النبي ﷺ أنه زار قوماً فذبحوا له شاة فجعل ﷺ يمضغ لحمها ولا يستسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا: شاة لفلان ذبحناها حتى يحضر فنرضيه فقال رسول الله ﷺ: أطعموها الأسارى - ولولا أن ملك المالك قد زال عنها بذبحها لم يأمرهم بالتصدق بها، وإنما كان يأمرهم ببيعها وحفظ ثمنها للمالكها إلى أن يحضر فيعطى إياه.

وإنما لا يجوز للمعتدى الانتفاع إلا بعد أداء البدل، استحساناً، والقياس جوازه قبل أدائه، وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة، لوجود الملك المطلق المبيع المتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه إذا باعه إلى غيره، كالبيع بيعاً فاسداً ينفذ تصرف مشتره فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به. وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة: يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بما يحدث بسبب تملكها من فضل بقى بعد أداء قيمتها إذا باعها؛ إذ يطيب له، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد.

وكذلك يملك الغاصب المغصوب إذا غيبه فضمن قيمته، لما ذكرنا من أن المالك قد ملك البدل بقبضه رقة ويداً فوجب أن يزول ملكه في الغيب ويثبت للغاصب إذا كان المالك يقبله، دفعا للضرر عنه وتحقيقاً للعدالة واستجابة لضرورة عدم جواز اجتماع البدن في ملك شخص واحد وبذلك يتحقق معنى البدلية والجبر.

وبهذا يظهر أن ثبوت المبادلة أمر اقتضته الضرورة وما ثبت بالضرورة يقدر بقدرها فلا يعد بيعاً من كل وجه.

وبالتضمن يزول ملك المغصوب منه عن المال المغصوب عند وجوب الضمان، أو عند الاتفاق عليه أو عند أدائه على حسب اختلاف الأقوال زوالاً مستنداً إلى وقت الغصب في حق كل من المالك والغاصب، أما في حق غيرهما فإنه يعد مقتصرأ على وقت الإلزام بالضمان إلا إذا تعلق بالاستناد حكم شرعى يمنع من الاقتصار فعندئذ يعد مستنداً في حق الجميع؛ ذلك لأن الاستناد في حق المالك والغاصب لم يكن لاعتبار الغصب سبباً للتملك، وإنما كان ضرورة لوجوب الضمان في وقت الغصب حتى يلزم الغاصب بقيمة الغصوب فيه فلا يظهر في حق غيرهما إلا إذا اتصل بالاستناد حكم شرعى اقتضاه؛ لأن حكم الشرع يظهر في حق الكل.

ويثبت هذا الملك للمعتدى مستنداً إلى وقت تعديه وضمانه؛ ولذا يروونه ملكاً ناقصاً أو ضرورياً فيقدر بقدر الضرورة، ومن هذا قالوا: إنه لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة كالأولاد، فإذا حدث قبل التلف وبعد الضمان كانت للمالك لا للغاصب بخلاف المتصلة فإنه يظهر في حقها كالسمن والجمال ومثلها المنافع وأبدالها كالأكساب فإنها تكون للغاصب؛ لأنها نماء ملكه لظهوره في حقها^(١).

وما يربحه المعتدى من مال استولى عليه إذا اتجر فيه يطيب له عند أبي يوسف؛ لأنه حدث في ضمانه، والمضمونات تملك بالتضمن ملكاً مستنداً إلى وقت السبب، وهو التعدي، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»؛ ولذا يطيب له الربح. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يطيب له ولكن يتصدق به؛ لأنه إن كان ربيعاً لا ملك فليس ملكاً ثابتاً من كل وجه فلا يظهر في حق زوال الخبث غير أنه يجوز له أن يدفعه في الوفاء بضمانه؛ لأن الخبث فيه إنما كان لحق المالك فإذا أخذه المالك زال ذلك الخبث^(١). وإذا ظهر المغصوب قائماً موجوداً بعد تضمين الغاصب وتبين أن قيمته أكثر مما دفع في ضمانه فإن كان ضمانه بقول المالك أو بيئته أو بنكول الغاصب كان للغاصب ولا خيار للمالك؛ لأنه قد رضى بذلك الضمان، وتم تملكه بناء على ذلك، وإن كان ضمانه بيمين الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ المغصوب ورد البذل؛ لعدم تمام رضاه - وإن تبين أن قيمته تساوى ما ضمن به أو أقل وقد ضمنه بقول الغاصب وبيئته لم يكن له الخيار فيما ذكره الكرخي؛ إذ قد توفر له به مالية ما كان له بكمالها. وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو أصح، لفوات الرضا^(٢).

ويلاحظ أن هذا التأسيس لا يكون مقبولاً ولا مطرداً إلا في ضمان ما يقبل التملك عن ضمانه، أما ما لا يقبل التملك عند التضمن فلا يتصور فيه، وعليه قالوا: إذا غصب مسلم خمرأ أو خنزيراً لدمى فإن ضمان ذلك يلزمه؛ لأنه مال متقوم في حقه ولكنه غير متقوم في حق المسلم، ولا يثبت فيه ملك له فإذا أتلّفهما مسلم لدمى ألزم الضمان ولا يمكن مع هذا أن يستتبع ذلك تملك المسلم للخمر والخنزير؛ لأنه محرم عليه تملكهما، ولهذا اضطر من ذهب إلى ذلك التأسيس من الفقهاء أن يقرروا أن ذلك ليس من قبيل التعويض، وإنما هو جزاء لما أقدم عليه المسلم من جريمة إتلاف مال لغيره فكان إيجاب المال على هذا الأساس من قبيل العقوبة، وليس يمنع من ذلك أن تكون مقدرة بقيمة ما أتلّف من المال، وهذا ما يتسق بوجه ما مع ما ألزم به الشارع من الغرامات المالية.

وقد يصح بناء على ذلك أن يقال لماذا لا يجعل هذا أساساً أيضاً في إيجاب المال؛ نظير الضرر الأدبي وكل ضرر يتمثل في فقد مال، وعلى هذا يكون الضرر مطلقاً مالياً

(١) الزيلعي ج ٥ ص ٣٢٥.

(٢) الزيلعي ج ٥ ص ٢٣١.

أو غير مالى مستوجباً للتعويض باعتبار أن إحداثه معصية تستوجب الجزاء والتعزير، والضرر أوجب الشارع إزالة أثره سواء أكان أثره إتلاف مال، وعندئذ تكون إزالته بدفع مال معادل إلى من أصابه هذا الضرر، أم كان أثره ألماً نفسياً، وعندئذ تكون إزالته بما يذهب ما ترتب عليه من ألم، وذلك بإرضاء نفس المضرور وشفاء غله، ويكون ذلك ضرباً من التعزير فيه معنى التعويض والإرضاء.

وعلى ذلك فتملك الغاصب للمغصوب بالضمان مشروط بأن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداءً كما بينا.

وقال الشافعى فى أحد قولين له: لا يثبت للغاصب ملك فى المغصوب بالضمان أصلاً حتى أن من غصب عبداً واكتسب فى يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب للمالك عندهم خلافاً للحنفية، إذ أوجبوه للغاصب.

ولو شرد البعير من يد الغاصب وعجز عن رده فمالكه بالخيار إن شاء انتظر إلى أن يظهر وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته، فإذا ضمنه قيمته ثم ظهر البعير نظر فإن كان المالك قد أخذ قيمته كما طلب فلا سبيل له على البعير فيما يرى الحنفية، وله أخذه عند الشافعية. ووجه قولهم أن الملك نعمة والغصب محظور ولا يصلح المحظور سبباً للنعمة، وإن كان المالك قد أخذ قيمته بقول الغاصب، ففى ظاهر الرواية أن المالك بالخيار إن شاء رضى بما أخذ من قيمته وترك البعير، وإن شاء رد ما أخذ من قيمة وأخذ البعير؛ لأنه ما رضى بما أخذ من قيمة إلا مضطراً فكان له الخيار، وقد سبق القول فى ذلك غير أن الغاصب له استبقاء البعير حتى يؤدى إليه المالك ما أخذه والمغصوب قبل اختيار تضمين غاصبه على حكم مالكة عند أبى حنيفة، ولو أراد ألا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب وهو على ملكه كان له ذلك، وعندئذ تكون له قيمته، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الملك يثبت قبل الاختيار فى كل من الضمان والمضمون جميعاً.

وعلى هذا الأصل يبنى الصلح عن المغصوب: الذى لا مثل له على إضعاف قيمته، فجزوه أبو حنيفة ومنعه صاحبه؛ لأنه حين وجب الضمان بنفس الهلاك وهو مال مقدر كانت الزيادة عليه ربا، خلافاً لأبى حنيفة، إذ يرى أن وجوب الضمان متوقف على اختيار المالك، فإذا كان صلح قبل الاختيار كان الصلح تقديراً للقيمة وتمليكاً للمغصوب بهذا القدر فكانه باعه للغاصب بذلك. ويظهر الملك فى حق نفاذ تصرفات الغاصب حتى لو باعه أو وهبه قبل أدائه الضمان نفذ تصرفه بالتزامه الضمان، واختلفوا

في حل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يحل له ذلك حتى يرضى صاحبه.

وذهب أبو يوسف إلى حله، وهو قول الحسن وزفر؛ لأن المغصوب مضمون ومملوك للغاصب من وقت الغصب، فلا محل لمنعه من الانتفاع مع ثبوت ملكه ولا لتوقف جوازه على رضا غير مالكة.

ووجه قول أبي حنيفة ما روى أنه عليه السلام أضافه بعض الأنصار فقدموا له شاة مصلية فجعل رسول الله يعض لحمها ولا يكاد يسيغه فسأل رسول الله عنها فقيل له، أنها لجان ذبحناها فإذا حضر من غيبته أرضيناه بقيمتها فقال عليه السلام، أطعموها الأسارى، فقد أمر بذلك ولم يطلق لأصحابه أن ينتفعوا بها، ولو كان حلالاً طيباً لأطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم إلى الأكل^(١).

هذا، وما أشرنا إليه عن التأسيس كما يجرى في التضمين بسبب تلف العين المغصوبة أو المعتدى عليها جميعها يجرى كذلك في التضمين عند تلف بعضها وإلزام المعتدى ببذل ما نقص منها فيضمنه المعتدى على أساس أنه قد تملك ما تلف منه دون بقيتها، وعندئذ لا يزول ملك مالكة عنها ولا ينقطع حقه فيها.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية.

أما المالكية فقد جاء في الخرشي أن الغاصب يملك المال المغصوب إذا غرم مثله أو قيمته لمالكة؛ لإقدامه على إتلافه فإذا ظهر بعد التضمين أنه باق لم يمس تلف تبين بذلك أنه لم يملكه، وعندئذ يجب رد المغصوب إلى مالكة إن أراد المالك ذلك، وعندئذ يسترد الغاصب ما غرمه ويكفى في ثبوت الملك للغاصب الحكم عليه بالقيمة ولو لم يدفعها^(٢). وفي البناني أن ذلك هو ما جاء في المدونة؛ وهذا إذا لم يتبين كذبه في دعواه التلف فإذا ظهر المغصوب بعد ذلك وعلم أنه قد أخفاه أخذه ربه ورد القيمة. وقال أشهب: إذا حلف أنه لم يمنعه عن ربه بقى له؛ وقال ابن الحاجب: إذا حكم بالقيمة لمالكة الغاصب فلا رجوع لمالكة.

(١) البدائع ج ٧ ص ١٥٢.

(٢) الخرشي ج ٦ ص ١٦٧.

وذهب الشافعية إلى أنه عند تلف المال جميعه بالاعتداء يضمنه التالف ويملكه بالضمان؛ لأنه غرم للمالك وأعطاه ما يقوم مقام التالف من كل وجه، وهذا إذا لم تبق من المال بقية بعد الاعتداء عليه تصلح أن تكون محلاً للمالك، أما إذا بقيت منه بقية تصلح أن تكون محلاً للمالك فلهم في ذلك رأيان: قيل حكمه حكم التالف جميعه فيملكه التالف بالضمان، وقيل يبقى ملك صاحبه فيها حتى لا يقطع الظلم حقه، كما لو قتل شخص شاة فإن المالك مع تضمين المعتدى يكون أحق بجلبدها. ومثال ذلك أن يقدم شخص على تغيير عين مملوكة لغيره تغييراً يسرى إلى تلفها، ففي هذه الصورة وأمثالها يرى بعض الشافعية أن الحكم فيها كالحكم في التلف الحاصل فعلاً من حيث ضمانها وتملك المعتدى لها.

ويرى بعضهم أنها للمالكها، وليس له إلا أرش النقص، وذلك ما ذكره الحنفية عنهم في كتبهم؛ بياناً لمذهب الشافعية إلا أنهم أطلقوه ولم يقيده بما ذكر.

ويملك المعتدى عندهم بالضمان التالف من المال ملكاً مراعى بمعنى أنه يتمتع عليه أن يتصرف فيه قبل أداء قيمته.

وجاء في نهاية المحتاج أيضاً: إذا أشرف المال المانصوب على التلف بفعل الغاصب وعجز الغاصب عن دفع قيمته التي لزمته بسبب فعله هذا يرفع الأمر إلى القاضى ليبيعه ويدفع للمالكه قيمته من ثمنه إن وفى، فإن لم يكن هناك قاضٍ تولى الغاصب بيعه بحضور المالك، أو المالك يبيعه بحضور الغاصب، ويأخذ المالك قيمته من ثمنه فإن بقى منه شيء كان للغاصب؛ لأنه يعد داخلاً في ملكه قبيل التلف فتكون الزيادة حدثت في ملكه، وإذا لم يف الثمن ألزم الغاصب للمالك بما بقى له من القيمة.

هذا إذا كان فروات المال بالاعتداء كما ذكرنا، أما إذا كان تحت يد عارية وفات بسبب لا يد لأحد فيه كما لو تعفن الطعام من تلقاء نفسه فهو للمالكه مع أرشه.

وإذا لم يبق منه بعد الفوات فى هذه الحال ما يقبل الملك كحيوان نفق من تلقاء نفسه فإن للمالكه حيثئذ قيمته على صاحب اليد المعتدية وهل يتملكه صاحب اليد بدفع القيمة قبيل التلف. ليس فى كلامهم ما يمنع من هذا.

وجاء فى نهاية المحتاج: أنه لو خلط المصنوب بغيره كبر أبيض ببر أسمر أو بشعير وأمكن التمييز والفصل بينهما لزمه ذلك وإن شق عليه. ولكن إن تعذر كخلط زيت

سمسم بزيت زيتون وكان اختلاطه من غير فعل أحد فالمذهب أن الحكم فيه كالتلف بالاعتداء فلمالك الزيت تغريمه بدله سواء أخلط بمثله أو بارداً منه أم بأجود؛ لأنه لما تعذر رده أشبه التالف فيملكه الغاصب إن كان مما يقبل التملك ويستند ملكه إلى قبيل التلف أو ما في حكمه، فإن لم يكن مما يقبل التملك كتراب أرض موقوفة خلط بزبل وجعل آجراً غرم الغاصب مثل التراب ورد الآجر إلى ناظر الوقف ولا نظر لما فيه من الزبل لاضمحلاله بالنار فإن هذا يدل - كما قال الشبراملسي على نهاية المحتاج - أن التراب إذا كان تراب أرض مملوكة لا موقوفة فإن الغاصب يملكه بالخلط ولا يرد حيثنذ الآجر إلى مالك الأرض وإنما يلزمه رد مثل التراب ويمنع الغاصب من التصرف في حال التلف في المغصوب حتى يؤدي بدله.

أقول: إذا كان الغاصب لا يملك في هذه الأحوال بالضمان إلا ما هو قابل للتملك، وذلك ما ذهب إليه الحنفية كما أشرنا من قبل فإن أساس إلزامه بدفع الضمان فيما لا يقبل التملك هو الاعتداء واقتراف هذه الجريمة - جريمة الاعتداء على مال الغير - ويكون الإلزام بالتضمنين حيثنذ من قبيل التعزير، كما ذهب الحنفية في اعتداء مسلم بالإتلاف على خمر ذمي وإلزامه بضمانه. وإنما وجب رد الآجر إلى ناظر الوقف مع تغريمه مثل الزبل؛ لأنه لم يملك ما منه صنع الآجر وهو تراب الأرض الموقوفة؛ لأنه موقوف لا يقبل التملك كأصله فلم يكن له لذلك حق استبقائه ولم يزل مادة موقوفة يجب ردها إلى ناظر الوقف ولم يعتبر الآجر تعويضاً؛ لأن التعويض إنما يكون بالمثل أو بالقيمة حيث يتم معنى التبادل وليس شيء من ذلك بمتحقق. هذا ما ظهر لي^(١).

وفي مطالب أولى النهى من كتب الحنابلة ما يدل على أنهم يقولون بالتملك بالضمان فيه أن التملك بالضمان إنما يكون عند فوات كل المال لا بعضه.

وجاء في كشاف القناع - وإن غصب فرسا فشرد أو شيئاً فتعذر رده مع بقاءه ضمن قيمته للحيلولة، فإذا أخذها المغصوب منه ملكها بقبضها فيصبح تصرفه فيها كسائر أملاكه ولكن لا يملكها على سبيل العوض بل في حكم القرض، وتبقى عنده كرهن إلى أن يرد إليه المغصوب فيردها إلى دافعها، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة حيثنذ؛ لأنه لا يصح أن يملكها بالبيع لعدم القدرة على التسليم، فلا يصح أن يملكه بالتضمنين كما يملك التالف، وإنما جاز أخذ القيمة؛ دفعا للضرر عن المغصوب منه؛

(١) نهاية المحتاج ج ١ ص ١٧٣ وما بعدها، ص ١٨٤.

ولذا كان أخذها تبعاً لإرادته، فإذا قدر الغاصب على المغصوب بعد عجزه عن رده رده إلى مالكة واسترد القيمة بزوائدها المتصلة بها إن كانت باقية وإلا أخذ بدلها^(١) وهذا يدل على أن مذهب الحنابلة ثبوت ملك الغائب بضمانه القيمة عند تلف المغصوب كله كما جاء في مطالب أولى النهى، وعلى ذلك فالتملك بالضمان عند الشافعية والحنابلة إنما يكون عند تلف المغصوب جميعه لا عند تلف بعضه خلافاً للحنفية.

موانع رد المغصوب وموانع ضمانه

ذكرنا أن من وضع يده على مال غيره بدون مسوغ شرعى وجب عليه أن يرده إلى مالكة ما دام قائماً فى يده لم يتغير تغيراً يعد معه فى حكم التالف وهو التغير الذى ينقطع به حق المالك.

ويرى الشافعية وجوب الرد على ذى اليد سواء كان المستولى عليه متمولاً أو غير متمول كحبة بر وكلب يقتنى، وكذلك كل ما ثبت فيه حق الاختصاص.

وعلى ذى اليد مثونة رد وإن عظمت لحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ويكفى فى رده إلى مالكة التخلية بينه كما يكفى رده إلى من غصب منه من مستأجر أو مستعير أو وديع أو مرتهن أو صبي إذا كان من أهل الحفظ ولا يبرأ بأداء القيمة إلى أحد من هؤلاء.

ويكفى فى رده وصوله إلى مالكة وإن لم يعلم أنه له ولو كان ذلك ببيعه إياه أو بهبته إياه أو بإعارته أو بإيداعه أو بتقديمه إليه وهو طعام على سبيل الضيافة فأكله سواء أعلم المالك أنه له أم جهل؛ لأنه باشر إتلافه والمباشر مقدم على المتسبب فى التضمين إذا كان السبب ضعيفاً بل قالوا لو أكرهه الغاصب على أكله فأكله برئ الغاصب بذلك كما لو أكله بدون إذن من الغاصب أو علمه^(٢). غير أنه إذا كان برأ فطحنه وخبزه ثم أطعمه مالكة لم يبرأ بذلك إذ إنه فى هذه الحال لم يقدم إليه ما يملكه لأن ملكه قد زال بفعله به وتملكه فلم يطعمه ما يملك.

(١) كشف القناع ج٢ ص ٣٦ ومطالب أولى النهى ج٤ ص ٢٥.

(٢) الخرشى ج٦ ص ١٦١-١٦٢، البدائع ج٧ ص ١٤٨ وما بعدها، وكشاف القناع ج١ ص ٣٤١، حاشية الجرجى على المنهج ج٣ ص ١٣٣، مجمع الضمانات ص ١٤٢.

ويمنع الرد ترتب ضرر عليه إذا كان ذلك الضرر أعظم من ضرر عدم رده كما في خيط غصب فخيّط به جرح إنسان وخيف عليه الضرر من نزعها فلا يرد ما دام هناك خوف من ضرر نزعها كما يمنعه تعذر رده بسبب تلفه أو خلطه بغيره خلطاً لا يتميز معه كخلط زيت بزيت أو يشق تمييزه وفصله كخلط بر بآرز.

وكذلك يمنعه إقدام الغاصب على ما يعد في حكم الإتلاف، وهو كل ما يصير به المغصوب مستهلكاً بصورة ومعنى أو معنى فقط كما في ذبح شاة لغيره وطبخها أو طحن بر وخبزها أو جعل نحاس آنية.

وكذلك يمنعه ترتب ضرر عليه أعظم من ضرر استبقائه كالبناء على أرض إذا كانت قيمته أعظم من قيمتها أو على خشبة وقيمتها أرفع من قيمتها ونحو ذلك مما يترتب على رده ضرر أعظم من ضرر استبقائه لدى ذي اليد عليه إذ الأصل أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن ولاية المغصوب منه في استرداد ماله لا تنتهي بفعل شيء من ذلك ما بقيت ذات المال وعينه قائمتين بعد فعل الغاصب؛ ذلك لأن فوات بعض صفاته لا يبطل حق الاسترداد كما في ثوب يقطعه غاصبه أو يصبغه؛ لأن ملك الغاصب كان ثابتاً في المال المغصوب قبل غصبه وإنما حدث ما أقدم عليه الغاصب من فعل فيه محذور فلا يقطع ملكاً قائماً ثابتاً. وعلى ذلك تبقى له ولاية الاسترداد نتيجة لبقاء ملكه - غير أنه إذا ترتب على رد المغصوب ضرر أعظم من استبقائه كأن كان المغصوب خيطاً خيّط به جرح إنسان وخيف إن نزع ضرره لم ينزع وألزم الغاصب بالقيمة.

وإذا وجد المغصوب مع غاصبه في غير محل الغصب فلمالكه حيث أخذ من غاصبه حيث هو، إلا أن يكون رده إلى محل غصبه يتطلب كلفة ومثونة، فإذا كان الأمر كذلك كان للمالك الخيار بين أن يأخذ ماله من غاصبه حيث هو وأن يضمّنه قيمته يوم غصبه، إذ تعد حاجة المال في نقله إلى محل غصبه لمثونة وكلفة في حكم عيب أصابه ولا يلزم المالك بذلك، كما لا يلزم الغاصب بدفع مثونة إذا أراد المالك أخذ ماله مع مثونة نقله.

وعند الشافعية إذا نقل المغصوب إلى مكان غير المكان الذي غصب فيه كان للمالك أن يطالب الغاصب بقيمته حالاً للحيلولة بينه وبين ماله ويردد إليه فيأخذ القيمة

ويتففع بها انتفاعه بالقرض وتكون في يده حتى يرد إليه المصوب فيردها إلى الغاصب عندئذ .

ومن الفقهاء من اشترط لذلك بعد المسافة وذلك بأن تكون مسافة قصر فإن لم تكن بعيدة لم يطالب الغاصب إلا بالرد، ومنهم من سوى بين البعيدة وغيرها في جواز المطالبة بالقيمة مع الرد وبخاصة إذا ما خيف هرب الغاصب أو تواريه واختفاؤه .

وإذا رد المصوب إلى مكانه الذي أخذه منه لم يبرأ إلا إذا كان ذلك بحضرة المالك خلافاً لزفر، إذ يرى براءته بذلك مطلقاً .

وإذا أبى المالك أخذ المصوب من غاصبه فعاد به الغاصب إلى بيته فتلف لم يضمن، إذ صار بذلك أمانة في يد الغاصب .

ويمنع التضمن ما يأتي :

١- أن يكون الإتلاف بحق :

كما في إتلاف المسلم خمرأ لمسلم عند جميع الفقهاء . وكما في إتلافه آية خمر إذا لم يتمكن من إراقته إلا بذلك ؛ لأن هذا الفعل مأمور به من الشارع إذ إنه من قبيل إزالة المنكر، ولأن خمر المسلم وكذا خنزيره كما سبق مال غير متقوم ولا ضمان في مال غير متقوم .

وكذلك الحكم في إتلاف المسلم خمرأ لذمي عند الشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبه لعدم تقومه في حقه، ومن هذا القبيل إتلاف الإنسان مالا طاعة لأمر صدر إليه إذا كان هذا الأمر واجب الطاعة عليه؛ فأعوان القاضي إذا ما كلفهم القاضي بهدم جدار معرض للسقوط على المارة فهدموه فلا ضمان عليهم، لأن إتلافهم كان بحق .

أما إذا كان أمراً بمعصية فلا طاعة فيه، فإذا فعله المأمور كان معتدياً وضامناً لما ترتب عليه من تلف .

وإذا كان المأمور به جائز الفعل ولو في اعتقاد المأمور كطاعة ولي الأمر وطاعة الوالدين كان فعل المأمور كفعل الأمر فيكون الضمان على الأمر إذا ما ترتب على ذلك ضمان . وقد نصوا على أن الأمر في هذه الحال إذا أمر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الأمر^(١) . وذلك إذا أنفذه بقصد الامتثال والطاعة ولم يتعد . فإذا أمر أب

(١) مجمع الأنهر، ج١ ص ٦٣٦ .

ابنه بإيقاد نار في أرضه ففعل وتعدت النار إلى أرض جاره فأتلفت شيئاً ضمن الأب لا الابن كما لو كان المباشر الأب، لصحة الأمر.

وهذا ما يعد استثناء من قاعدة الضمان على المباشر ولو لم يتعد، وإنما سقط الضمان عن المباشر هنا لأن عمله مقتضى للأمر ولازم له عرفاً فأخذ حكمه.

وليس حكم الموظف مع رئيسه فيما يجوز له الأمر به لمرءوسيه بمخالف لذلك الحكم، أما فيما لا يجوز له الأمر فلا اعتبار لهذا الأمر إلا إذا كان إكراهاً كما سيأتي؛ ولذا نص الشافعية على أن أهل الفتوى إذا أفتى أحدهم شخصاً بإتلاف مال ثم تبين بعد ذلك خطؤه كان الضمان على المفتي. وقد نص الحنفية على أن الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة مسائل منها إذا كان الأمر سلطاناً، أو أبا وكان المأمور صبيّاً، أو كان سيداً والمأمور عبده وقد أمر بإتلاف مال الغير ضمن الأمر ولم يأنم المأمور.

وكذلك جاء في التارخانية: حريق غالب وقع في محلة فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه وبغير إذن من السلطان حتى ينقطع ذلك الحريق عن داره - أي دار الهادم - ضمن ولم يأنم.

قال الرملي: وفيه دليل على أن الأمر إذا كان من السلطان لم يضمن، لما له من ولاية عامة له بمقتضاها أن يأمر بدفع الضرر؛ ولذا جاء في الخانية. لو أن هذا الذي هدم الدار عند وقوع الحريق قد هدمها بإذن الإمام لم يضمن.

١- في حال تعرض النفس أو طرف من أطرافها أو تعرض المال للتلف بسبب صيال دابة يخشى أذاها، وذلك ما يعبر عنه بحال دفع الصائل أو كما يعبر رجال القانون بحق الدفاع الشرعي، وهو في كل الأحوال التي يتعرض فيها الإنسان لأذى يصيب نفسه أو ماله أو عرضه^(١) ثم لا يرى سبيلاً لدفعه عنه إلا أن يتلف مالا لغيره.

والشارع يجيز ذلك إذا كان بأيسر طريق ممكن إليه، ولا حرج إذا تجاوزته الدافع حين يرى أنه قد أخفق في دفع الأذى به.

وأساس ذلك ما انتهى إليه استقراء الأحكام ونصوص الشارع من إقرار المبدأ القاضي بوجوب اختيار أهون الشرين وأخف الضررين إذا لم تكن عن أحدهما مندوحة، ومبدأ وجوب تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥١ وعمدة القارئ ج ١٣، ص ٢٤-٣٥.

ويجب في هذه الأحوال أن يكون الضرر الذي يراد دفعه ضرراً مدهماً وحالاً ولا يمكن دفعه بالالتجاء إلى الحاكم قبل وقوعه ويكفي في ذلك غلبة الظن.

وقد جاء في حديث صفوان بن يعلى عن أبيه قال: قاتل أجير لى رجلاً فعض يده فانتزعها من فمه فتثرت ثنيته فشكى إلى النبي ﷺ فأهدرها وقال له: «أتريد أن يضع يده في فمك تقضمها كالफल ولا يتزعها». وبه استدلل الشافعي على جواز قتل الفحل الصائل إذا أتى على قاتله ولم يلزمه بضمانه، ولم يختلف الفقهاء في جواز دفع الصائل من الحيوان بما يدفع أذاه؛ لأن دفع الضرر واجب شرعاً وإنما اختلفوا في تضمين قاتله بناء على أن وجوبه لا يسقط حق مالكة، إذ لم يشرع ذلك سبباً مسقطاً للملك؛ فالجمهور على أنه لا يضمن، ورأى غيرهم التضمين ولكن مع سقوط الإثم. وفي المغنى لابن قدامة إذا صالت بهيمة على إنسان ولم يمكن دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعاً وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي وإسحاق بن راهويه^(١).

وقال أبو حنيفة: عليه ضمانها، لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه الضمان كالمضطر في مخمصة إذا أكل مال غيره فإن ذلك جائز له وعليه أن يؤدي قيمته إلى مالكة.

ووجه ما ذهب إليه الجمهور أنه إنما قتله لدفع شره وقد أجاز له الشارع ذلك فكان من حقه. وليس كالمضطر فإن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه وقد انتفع به انتفاع المالك بملكه فيلزمه ضمانه، بخلاف الصائل فإنه بأذاه يلجئ من تعرض له إلى قتله، ولم ينتفع به قاتله والضرر الدافع إلى الأكل لم يكن مصدره الطعام وإنما كان مصدره طبيعة الأكل بخلاف ضرر الصائل؛ ولذا قال ابن حزم: كل من عدا عليه حيوان من بغير أو فرس أو بغل أو فيل ونحوه فلم يقدر على دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله فلا ضمان عليه وهو قول مالك^(٢).

وقد نص الحنفية على أن العبرة في ذلك بغلبة الظن؛ إذ لا ينتظر الإنسان حتى يحل الضرر به فعلاً.

وقال ابن عبد السلام من المالكية: يجوز دفع الدابة الصائلة عن كل نفس معصومة، مسلمة كانت أم غير مسلمة من أهل الذمة كالجمل الصئول والكلب العقور،

(١) للمحلى ج ١١ ص ١٣.

(٢) للمحلى ج ٨ ص ١٢٤٦.

وهو مروي عن ابن القاسم فإذا قتل اتقاء لأذاه وكان ذلك بعد التقدم إلى صاحبه فلا ضمان - وذكر أشهب أنه لا ضمان بقتله على أية حال، إذ ليس من المقبول أن يؤمر من تعرض لأذاه بالانتظار حتى يحل به الأذى وليس التقدم إلى صاحبه ميسوراً في كل وقت^(١).

وذهب الشافعي إلى أنه لا ضمان على قاتله دفعا لأذاه وحفظاً لما حرم الله إهلاكه^(٢) وذهب الحنابلة إلى أن قتل البهيمة الصائلة إذا تعين سبباً لدفع أذاها لا ضمان فيه، وسواء في هذا الحكم أن يكون المعرض لأذاها نفس القاتل أو زوجته أو أحد أسرته أو ماله وإن قل إذا زاد مقداره على قيمتها وذلك لسقوط حرمتها بالوصول^(٣).

٢- وإذا نزلت بشخص مخمصة أو عطش مهلك فدفعت الهلاك عن نفسه بأكل مال غيره أو شرب ما يملك من ماء بدون إذنه فذلك له عند الحنفية ولا إثم عليه وعليه قيمة ما أكل أو شرب ولا إثم عليه ما دام لم يتجاوز حاجته؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، وإنما وجب عليه الضمان؛ لأن أخذه المال لمصلحة نفسه لا يسقط حق غيره فيه^(٤)، وإلى هذا ذهب الشافعية والزيدية وهو أيضاً مذهب الحنابلة إذ ذهبوا إلى تضمينه قيمة ما أخذ حتى لا يجتمع على مالك الطعام فوات عينه وماليتيه ولأنه أخذه لمنفعته فوجب عليه عوضه^(٥).

وذهب المالكية إلى جواز أخذ مال الغير في هذه الحال دفعا للضرر الواجب دفعه وفي تضمين الآخذ ثلاثة أقوال عندهم:

أحدها: أن على آخذه ضمان ما أخذ بغير رضاه إذ قد أخذ لمصلحة نفسه فلا يسقط بذلك حق مالكة.

ثانيها: أنه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما أخذ ما جعله الشارع حقاً له في مال غيره، والقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان وذلك ما ذهب إليه أهل الظاهر.

(١) التبصرة ج ٢ ص ٢٥.

(٢) الأم ج ٦ ص ١٧٢.

(٣) المغني ج ١١ ص ٧٦ وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٢.

(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢١٥ وأسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠.

(٥) كشاف القناع ج ٤ ص ١١٧، والمغني ج ١١ ص ٨٦.

ثالثها: أن عليه ضمان ما أخذ إذا كان موسراً يجد قيمته فإن كان معسراً فلا ضمان عليه^(١).

٣- أما إذا أتلّف مالا في سبيل إنقاذ مال آخر فالتلف ضامن لما أتلّف إذا كان إتلافه لمال هو لغيره في سبيل إنقاذ مال نفسه لأنه إنما أتلّف المال لمصلحة له والغنم بالغرم فوجب عليه ضمانه درءاً للضرر عن صاحب المال.

أما إذا كان ذلك في سبيل إنقاذ مال لصاحب المال المتلف كإتلافه لبعض المال في سبيل إنقاذ باقيه فلا ضمان على المتلف حيثئذ إذا كان في ذلك منفعة لصاحب المال؛ لأنه إنما قام بدفع ضرر أكبر بارتكاب ضرر أقل والقاعدة أن الضرر الأدنى يتحمل لدفع الضرر الأشد.

وإذا كان المالان لشخصين فإنه قياساً على ما ذكروا من جواز الرجوع على صاحب المال المعرض للتلف بما ينفق في سبيل خلاصه وإنقاذه أن يكون المتلف ضامناً لقيمة المال التالف لمباشرته وله الرجوع بذلك على صاحب المال المنقذ لثبوت الولاية المبنية على العرف والضرورة.

وهذا مع ملاحظة أنه يجب أن يراعى أن يكون ما يرجع به دون قيمة ما أنقذ من المال حتى يكون هناك عرف برضاء صاحبه عما قام به من إنقاذ وتخليص.

ومما ذكر في هذا ما ذكره من أنه لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ذبحت الدجاجة لأخذ اللؤلؤة وعلى صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة لأن قيمة اللؤلؤة أكبر من الدجاجة فيضمن صاحب ما عظمت قيمته لصاحب ما قلت قيمته، وعلى هذا الأصل يكون الحكم فيما لو دخل فصيل غيره في داره فكبير ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار أو أدخل ثور رأسه في قدر وتعذر إخراجه إلا بكسر القدر أو سقط دينار في محبرة لغير صاحب الدينار ولا يخرج إلا بكسرها^(٢).

هذا، وإبراء المالك للغاصب يصير به المغصوب في يده أمانة فيخضع لأحكام الأمانة من حيث الحفظ والرد والضمان - وكذلك يصير المغصوب في يد غاصبه أمانة إذا استأجره الغاصب من ماله فيخضع لجميع أحكام العين المستأجرة في كل ما ذكرنا.

(١) الفروق ج ١ ص ١٩٥ والقناع والإكليل ج ٣ ص ٢٥٤.

(٢) الأشباه والنظائر الفن الأول ص ١٢٢ طبعة إسلامبول.

٤- رضا المضرور بالضرر ليس لأى إنسان أن يتصرف فى حق لغيره بدون ولاية شرعية. وتصرفه عندئذ يعد اعتداء يستوجب الضمان عند توافر شروطه وإنما له التصرف فى حقوقه التى يجوز له التصرف فيها. فليس للإنسان أن يتصرف فى نفسه فبأمر غيره بأن يقتله. كما لا يجوز له التصرف فى طرف من أطرافه إلا لضرورة صحية تقتضى ذلك وتوجيهه. وله أن يتصرف فى حقوقه المالية تصرفاً لا يمس حقاً لغيره تعلق بها، وعلى هذا نص الفقهاء على أنه لو حرق ثوبه بأمر من غيره لم يضمن الأمر إذ إن أمره باطل ولا يستوجب طاعة، ولو قال لغيره: احرق ثوبى أو ألقه فى البحر ففعل فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال له: اهدم منزلى فهدمه فلا ضمان عليه؛ إذ إن أمره قد صدر فى حدود ولايته ولم يكن المأمور متعدياً بسبب ذلك فلا يضمن^(١).

ومثل ذلك ما لو باشر إنسان فعلاً ترتب عليه ضرر مالى بغيره وكان بإذن من ولى الأمر أو من نائبه فى حدود ولايته فإنه لا ضمان عليه إذا ترتب على فعله ضرر. ومن ذلك لو أقام شخص قنطرة على نهر بإذن الإمام فارتطمت بها سفينة فانكسرت لم يكن عليه ضمان لعدم تعديه بسبب إذن الإمام له فى حدود ولايته لأن الإنشاء والبناء فى كل ما للمسلمين فيه حق مقرر كالطرق والأنهار ونحوها محظور إلا بإذن الإمام صيانة لحق العامة.

وليس يعتبر السكوت إذناً إذ لا ينسب إلى ساكت قول إلا فيما استثنى^(٢) وعلى ذلك لو رأى غيره يشق زقه حتى سال ما فيه لم يبرأ الشاق من الضمان، ولكن لو رأى حيواناً له يأكل حنطة غيره أو زرعه فلم يمنعه حتى أكلها أو أكله كان ضامناً إذ إن فعل حيوانه ينسب إليه وخاصة عند رجوع منفعة الفعل إليه وإمكان دفعه.

وذهب بعض المشايخ إلى عدم تضمينه لعدم مباشرته الإلتاف وعدم اعتبار تركه لحيوانه فعلاً مادياً يترتب عليه التلف.

والإذن قد يكون صريحاً كما سبق وقد يكون غير صريح فيكون ثابتاً بحكم العرف والعادة والضرورة. ومن ذلك أنهم جوزوا الشراء من مال المريض ما يحتاج إليه من طعام ودواء بلا إذنه إن كان مرضه يمنع استئذانه كما جوزوا للوديع أن ينفق على والدى المودع إذا كان ذلك فى مكان لا يمكن الرجوع فيه إلى القاضى وجوزوا البعض

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٨، الدسوقي ج ٤ ص ٢٤٠، الدر ج ٥ ص ٥٤٠.

(٢) كسكوت الثيب والبكر عن استئذان وليها.

الرفقة في السفر أن يبيعوا من متاع من مات منهم ما يجهزونه بثمانه دون أن يكون في كل ذلك ضمان^(١). وانظر الدر المختار في شراء ما لا بد منه للصغير وبيعه وجواز ذلك لأخ وأم وعم وملتقط لمن هم في حجره. ومن ذلك أن يعمد إنسان إلى ذبح شاة قد أعدها القصاب للذبح وأن يعمد فعله إلى هدم جدار أحضر مالكة من يهدمه^(٢).

أما الرضا عن الأفعال بعد حدوثها كإجازة المالك قبض الغاصب لما غصبه فللحنفية فيها رأيان: أحدهما صحة الإجازة اللاحقة باعتبار أنها كالإذن السابق، والأخرى عدم الصحة لأن الفعل إذا وقع مستوجبا للتضمن لا يتقلب غير مستوجب له وهو رأى أبي حنيفة إذ يتقلب عنه أنه يرى أن الإجازة إنما تلحق العقود لا الأفعال خلافاً لمحمد إذ لا يفرق بينهما. وينقل الحصكفي عن التمرتاش القول بتصحيح الإجازة في الأقوال والأفعال وذلك ما نص عليه في الذخيرة وقال إنه الأصح، وجاء في الأشباه أن الإجازة لا تلحق الإتلاف^(٣).

وكذلك يحول دون إيجاب الضمان أن يقع الإتلاف بتسليط من مالك المال كما في مالك أودع ماله صبيّاً فأتلفه أو أقرضه إياه فأتلفه ونحو ذلك.

٥- عدم الفائدة في التضمن إذا أتلّف البغاة مالا للمسلمين أو أتلّف المسلمون مالا للبغاة والخارجين فلا ضمان على الملتف عنهم، لعدم الفائدة في التضمن، إذ لو وجب الضمان على المسلمين لم يجز أن يعطى للبغاة المحاربين ولا محل لإيجاب الضمان على البغاة، لعدم الولاية عليهم ولأن مصير أموالهم قبل التسلط عليهم إلى المسلمين.

(١) تكملة ابن عابدين ج٢ ص ٢٨٨، المختار ج٥ ص ١٤٠.

(٢) الدر المختار ج٥ ص ٢٧٦ و ١٩٥.

(٣) تنوير الأبصار ج٥ ص ١٩٣ والدر المختار ج٥ ص ١٩٣ وتنوير الأبصار بهامش رد المختار ج٥ ص ٧٣٢ ومجمع الضمانات ص ١٤٢.

مسئولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه

تكلم رجال التشريع الوضعي في مسؤولية المتبوع عن الضرر المالي الذي يحدثه تابعه ويقتضى تضمين من أحدثه، وذلك بمطالبة بالتعويض فذكروا مسؤولية المرء عن أفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته وفي ذلك جاءت المادة ١٧٣ فقرة (١) من القانون المدني المصري ونصها:

كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام، ولو كان من وقع منه العمل الضرر غير مميز.

ومثلوا لذلك بالوالدين والولي ومدير مستشفى الأمراض العقلية وذكروا أن هؤلاء وأمثالهم ممن لهم رقابة على غيرهم ممن هم في حاجة إلى الرقابة مسئولون عن الضرر الذي يحدثه من هم تحت رقابتهم مسئولية أصلية، وكذلك ذكروا أن المتبوع مسئول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه، ومثلوا لذلك بعمال المصانع وموظفي الحكومة وسائقي السيارات. وفي ذلك جاءت المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري وهي تلزم المتبعين بضمان ما يتلفه من هم تابعون لهم من الأضرار غير المشروعة متى وقع ذلك حال تأديتهم وظيفتهم أو بسببها.

ولا ترى الشريعة الإسلامية هذا الرأي ولا تقر المبدأ الذي قامت عليه هذه الأحكام وقد جاء في القرآن الكريم ما يعارضه ويبطله مثل قوله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب: ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾ (١٦٤) [الأنعام] ومثل قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (٣٨) [المدثر] وقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...﴾ (٢٨٦) [البقرة] وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه

غيره ولو كان المحدث له غير مميز إلا أن يكون ذلك عن طريق إكراهه إكراها يجعله كالألة في يد المكره وهو الإكراه الملجئ المعتبر شرعاً فعند ذلك يكون المكره «بكسر الراء» مسئولاً لتزيله حيثئذ منزل المباشر والمباشر منزلة الآلة، وقد سبق القول في ذلك.

وقد اشتبه على بعض الكاتبين ما ذهب إليه الفقهاء في الأجير الخاص من أنه أمين على ما تحت يده من مال وأنه بحكم أمانته لا يكون مسئولاً عما يتلف من مال تحت يده بحكم أنه أجير إلا إذا قصر في حفظه أو تعدى عليه فأتلفه وأن ضمان التالف يكون على مؤجره مالك المال فظنوا أن ذلك إقرار من الشريعة الإسلامية لمسألة المتبوع عن عمل تابعه والزامه بضمان ما يحدثه من الأضرار نتيجة لعلاقة التبعية، وليس الأمر كذلك، فإن ما ذكره الفقهاء من أحكام الأجير الخاص في ذلك الموضع إنما هو مقصور على ما تحت يده من أموال لمؤجره أو مما استودعه مؤجره إياه من أموال لغيره احتاج إليها الأجير ليستعين بها بطريق الاسترشاد على القيام بما استؤجر عليه وهى أموال وضعت تحت يده بحكم أنه أجير نائب عن مؤجره، وأن يده نائبة عن يد مؤجره، وأنه حين يعمل إنما يعمل لمؤجره وفق عقد الإجارة فكان في عمله كالوكيل عن مؤجره وكان مؤجره هو واضع اليد وهو العامل؛ ولذا كان غير مسئول عما يترتب على عمله من ضرر باعتبار أنه كالعمل الصادر من صاحب المال في ماله، ولا يسأل إنسان عن ضرر يحدثه في ماله أو فيما استؤمن عليه إلا أن يكون فيه متعدياً؛ ولذا إذا قصر في عمله أو تعدى فأفسد خرج بذلك عن نيابته عن استأجره وكان ضامناً وكان هو المسئول لا المؤجر أما ما عدا ذلك من الأموال مما وصلت إليه يده فأتلفه فالحكم في إتلافها خاضع للقواعد العامة التي أشرنا إليها فيما سبق فيما ذكرناه عن أسباب الضمان به.

وذلك هو أساس الحكم في الأجير الخاص وهو مؤسس على يده وأمانته وأين هذا من مسئولية المتبوع عن ضرر يحدثه تابعه؟ إن مسئولية من له الرقابة عن ضرر يحدثه من له الرقابة عليه إذن هو حكم غير خاص بالأموال التي هي تحت أيديهم ولا يتصل الحكم فيها بأمانتهم وليس خاصاً بأجير واحد بل يعم قانوناً جميع الأجراء الوحدين والمشاركين. وعلى ذلك فإذا صدم سائق لسيارة شخص متاعاً في الطريق فأتلفه لم يسأل عنه مالك السيارة فيما يرى فقهاء الشريعة الإسلامية ويسأل عنه في نظر رجال القانون. وهذا مثال يجلى لك الفرق بين الشريعتين.

أما ما جاء في المادة ١٧٣ فقرة (أ) مدنى من مساءلة المتبوع عن تابعه فيما يحدثه التابع من ضرر مالى بغيره إذا كانت رقابته واجبة عليه شرعاً أو اتفاقاً بسبب قصره أو ضعف عقله أو فقدته وذلك ما يعم الصبى والمجنون والمعتوه، فقد سبق القول بأن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إنما يرون مساءلة هؤلاء فى أموالهم عما يحدثونه من ضرر مالى بغيرهم نتيجة لإحداثهم ذلك الضرر ووجوب رفعه، ولا يسأل من له الولاية أو الرقابة عليهم إلا بمطالبتهم بأداء الضمان مما تحت أيديهم من أموال هؤلاء، لما لهم من الولاية عليها، كما سبق القول بأن عمل هؤلاء إذا أدى إلى التلف وكان حدوثه منهم بأمر صدر إليهم من غيرهم ولياً كان أم غير ولي أو بإثارة منه لهم كان الضمان فى أموالهم أيضاً لمباشرتهم ولكن يكون لهم حق الرجوع فى مال من أمرهم أو أثارهم أو هيا لهم ومكنهم من إقدامهم على هذا الإتلاف؛ لاستقرار الضمان عليه ولكونهم كانوا كالألة فى يده، وذلك كما إذا دفع شخص سكيناً إلى صبى لا يميز، أو إلى مجنون فأتلف بها مالاً أو أمره بإحضار نار من مكان معين فلما أحضرها سقط منها ما تلف به مال لغيره، ففى هذه الأحوال وأمثالها يكون الضمان فى أموالهم بسبب مباشرتهم الإتلاف والرجوع بما غرموا على من أمرهم لغروره، أو لأنه كالمباشر وذلك ليس مما نحن فيه، وإنما هو تضمين مؤسس على تعديه بأفعال ترتب عليها ضرر مالى بغيره.

فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر

الأصل فى فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر أن يكون جباراً؛ أى هدرأ لا يستتبع مساءلة؛ ذلك لأنه لا ذمة له ولا إدراك. ولهذا قال عليه السلام فيما رواه أبو هريرة: «العجماء جرحها جبار». رواه مسلم. والجبار: الهدر. والعجماء: الدابة.

وجاء فى بعض الروايات: «السائمة جبار»، والسائمة: هى الدابة المرسلة فى رعيها. والعجماء فيما ذكره بعض العلماء الدابة المنفلتة التى لا يكون معها أحد حيث يكون الانفلات عادة.

ولكن قيام الإنسان على الحيوان واستخدامه إياه فى مصالحه من ركوب وحمل وحبس وإطلاق وتوجيه واتخاذ وسيلة لقضاء حاجاته ومآربه قد حمل على اتخاذ مواقف وتحركات بحكم طبيعته كان لها آثارها فى محيط عمله وأماكن وجوده، وقد

يكون من هذه الآثار ما يعد ضرراً يلحق من يصيبهم وهو ضرر بحدوثه على هذا الموضع يعد كالضرر يحدث من آلة يستخدمها صاحبها فيكون مسئولاً عما يترتب على استخدامها من ضرر ينشأ عنها بسبب يعد تقصيراً وتعدياً أو إهمالاً أو نحو ذلك.

ولكن الحكم في الحيوان وما ينشأ عن فعله يختلف عن ذلك بسبب اختلاف الوضعين: وضع الآلة ووضع الحيوان، فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من ضرر من قبيل الضرر المباشر، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي، والحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه فكان ما يحدث عنه من ضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحبه، ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعد، لكي يسأل صاحبه عنه فإن الأصل في مساءلة المتسبب عما يحدثه من ضرر بسبب فعله هو الإهمال والتقصير والتعدى؛ ولذا ينتفى الضمان نهائياً إذا لم يكن للحيوان مالك، أما إذا كان له مالك فإنه يكون مسئولاً عند إهماله أو تقصيره أو تعديه. وهذا ما يشير إليه حديث حرام بن محيصة، فقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدته المواشى بالليل ضامن «أى مضمون» على أهلها - فإن المواشى حين كانت تترك نهاراً للرعى والسوم لم يكن في تركها تقصير إذ كانت هذه عادتهم وكان على أرباب الحوائط وهم يعملون فيها نهاراً أن يحفظوها ويؤدوا عنها، فإذا ما دخلت حوائطهم فأفسدت فيها كان ذلك من تقصيرهم في حراستهم حوائطهم لا من تقصير أرباب المواشى؛ ولذلك فلا ضمان عليهم فيما أفسدت.

أما إذا كان الليل فعلى أرباب المواشى حفظها ومنعها حيث لا سوم ولا رعى وحيث تجبس في حظائرها، فإذا ما انفلتت ليلاً فأفسدت كان ذلك من تقصير أربابها في حفظها فكان عليهم ضمان ما أفسدت.

ذلك ما يدل عليه حديث حرام كما يدل على هذا المعنى أيضاً ما رواه النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»؛ ذلك لأن وقف الدابة في الطريق يعد اعتداء؛ إذ لم يجعل الطريق لوقف الدواب وإنما جعل للمرور فيه فكان ذلك استعمالاً للطريق فيما لم يجعل له، كما أن وقفها في السوق يعد كذلك اعتداء من صاحبها فكان متسبباً فيما يحدث عن فعلها من ضرر وكان لذلك ضامناً.

وبناء على ما ذكر إذا لم يكن للدابة مالك ففعلها جبار أى هَدَرَ وباطل وكذلك إذا كان لها مالك ولم يحدث منه تقصير ولا إهمال فى رعايتها كان من نتيجته حدوث ذلك الضرر فلا ضمان عليه فيما أتلقت، وذلك ما يدل عليه حديث: «العجماء جرحها جبار»، وحديث «العجماء والبئر جبار والمعدن جبار» وحديث «الرَّجُلُ جبار»، إذ المراد أنها إذا فعلت ذلك بنفسها دون دفع لها ولم تكن عقوراً ولم يفرط مالکها فى حفظها حيث يجب عليه الحفظ وذلك فى الليل كما يدل عليه حديث حرام بن محيصة، وكذلك فى وقفها أسواق المسلمين وطرقهم ومجتمعاتهم كما يدل عليه حديث النعمان بن بشير.

ذلك ماورد من آثار فى فعل الحيوان وما يترتب عليه من مسئولية وقد كانت محل خلاف فى تفاصيل أحكامها بين فقهاء المذاهب؛ نتيجة لاختلاف أنظارهم فى تأويلها وما يصاحب فعل الحيوان من ظروف وملابسات تختلف الأنظار فى تقديرها، وفيما يلى ما يترتب على فعل الحيوان فى مذاهب الفقهاء إذا لم تلبسه ظروف خارجة كظروف الطريق أو السوق.

فالحنفية يرون أن جناية الدابة لا تخلو إما أن تكون قد حدثت من الدابة فى ملك صاحبها أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين، فإن كانت فيما هو ملك لصاحبها سواء أكان له خاصة أم مشتركا وليس معها صاحبها لم يضمن صاحبها ما أحدثت من تلف على أية حال حدث ذلك منها.

وإن كان معها صاحبها سائقاً لها أو قائداً دون أن يكون راكباً لها لم يضمن تلفها؛ لأنه فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار هو الدابة والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً ولا تعدى هنا من المالك.

وإن كان راكباً إياها وهو يسير ضمن ما وطئت برجلها أو بيدها؛ لأنه حينئذ مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكأنهما وطآه جميعاً، والمباشر ضامن متعديا كان أم غير متعد.

وإن كدمت أو نفحت برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان، لعدم تمكنه حينئذ من منعها.

وإن كانت فى ملك غير صاحبها بلا إذنه وقد دخلت فيه بغير صنع صاحبها فلا ضمان عليه؛ لأنه ليس متسبباً ولا مباشراً.

وإن أدخلها صاحبها فيه فعليه الضمان فى جميع الأحوال، لتعديه بإيجادها فى ملك الغير بدون إذنه.

وإن كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه الضمان فى الوجوه كلها؛ لتعديه بالإيقاف فى طريق. وإن كانت سائرة فيه ولم يكن معها صاحبها وقد سارت بإرساله ضمن ما أتلفت ما لم تتحول عن جهة إرساله يئمة أو يسرة؛ لأن إرسالها بلا حافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعد.

وإن انفلتت فلا ضمان عليه فى الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت إن كان صاحبها راكباً أو سائقاً أو قائداً إلا نفحة الرجل أو الذنب؛ لأنه مباشر أو متسبب متعد وإنما لم يضمن نفحة الرجل وضرب الذنب؛ لعدم تمكنه من منعها من ذلك^(١).

وذهب الطحاوى من الحنفية أن على صاحبها ضمان ما أتلفت ليلاً أو نهاراً إذا كان معها صاحبها وإلا فلا ضمان.

وتقضى المادة ١٧٦ مدنى مصرى أن على حارس الحيوان وإن لم يكن مالكا له مسئولية ما يترتب على فعله من ضرر ولا يحول دون مسئوليته أن يكون قد ضل منه أو تسرب إلا إذا أثبت الحارس أن الحادث الذى سبب الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه.

وحارس الحيوان هو من بيده زمامه. وإن كان مستعيراً أو وديعاً أو مستأجراً أو سارقاً - وإذا انتقل إلى التابع كالخادم كان الحارس المالك.

والذعر من الحيوان يعد فعلاً له، وإذا حدث باشتراك الإنسان كحيوان يركبه شخص نسب إلى الحيوان وحده وأساسها خطأ مفترض - والشرعية لا تقر مبدأ الخطأ المفترض كما قدمنا، ولا يسأل أى شخص عن جريمة ليست فعلاً له فى الشرعية.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى الضمان ليلاً وعدم الضمان فى النهار إذا لم يكن معها صاحبها، وإذا كانت معروفة بالإفساد فالضمان مطلقاً. واشترط الشافعية تفريط صاحبها لوجوب التضمنين.

(١) ملخصا العناية والهداية ج ٨ ص ٣٤٥ والإفصاح ص ٧٣٥.

وزهد بعض الفقهاء إلى الضمان ليلاً أو نهاراً ومنهم الليث بن سعد وسحنون، وزهد أهل الظاهر إلى أنه لا ضمان في كل حال إلا أن يحملها على الفعل الضار من هو معها. وروى عن عمر أنه قال: لا يضمن ما لا يقدر على حفظه ويضمن ما يمكنه حفظه.

وخلاصة هذه الأقوال أنه يجب ضمان ما تتلفه إذا كان من مالكها تقصير في حفظها؛ حيث يجب عليه حفظها.

وتدل الروايات السابقة على وجوبه إذا حدث أثناء الليل، أما في النهار فالحكم كذلك إذا كانت مقودة أو مركوبة؛ إذ إنها في رعاية صاحبها ومراقبته عندئذ فكان عليه حفظها، فإذا أتلقت كان ذلك نتيجة تقصير صاحبها فيضمن. وعلى ذلك فلا ضمان إذا لم يكن عليها يد لأحد، وكان ذلك محل اختلاف أنظار الفقهاء وتقديرهم على ما أسلفنا.

وكذلك اختلفوا فيما أتلقت الدابة برجلها وصاحبها عليها راكب؛ فذهب أبو حنيفة إلى أن صاحبها يضمن ما أتلقت بيدها أو فمها - أما ما أتلفته برجلها في هذه الحال فإن كان بوطئها ضمن الراكب قولاً واحداً؛ لأنه يعد مباشراً. وأما إذا كان بغير وطء كنفخ بالرجل فإن كان ذلك في موضع مأذون لراكبها بسلوكه أو بدخوله لم يضمن وإلا ضمن لتعديده بوجوده بها في هذا المكان، ومن المأذون فيه المشي في الطريق والوقوف في الملك وفي الفلاة وسوق الدابة وذلك بخلاف الوقوف بها في الطريق أو الدخول بها في ملك إنسان بدون إذنه ففي هذه الأحوال يجب الضمان بنفخ الرجل.

وقال مالك: يدها ورجلها وفمها سواء فلا ضمان في شيء من ذلك إذا لم يكن من جهة راكبها أو قائدها أو سائقها ما أدى إلى ذلك التلف من همز أو ضرب.

وقال الشافعي: يضمن ما جنت بيدها ورجلها وفمها وذنبها جميعاً سواء أكان ذلك بسبب من راكبها أم لم يكن والراكب والسائق سواء.

وقال أحمد: ما أتلفته برجلها وصاحبها عليها فلا ضمان فيه وما جنته بيدها أو فمها ففيه الضمان.

وقد اختلف الفقهاء في إيجاب الضمان عند عدم التقصير فمنهم من رأى أن المنفلة حيث يكون الانفلات عادة لا ضمان على صاحبها في هذه الحال؛ لعدم تقصيره، وهو مذهب كثير من الفقهاء ومنهم الحنابلة والحنفية وهذا ظاهر.

ومنهم من أطلق وجوب الضمان، ومنهم من أطلق عدم وجوب الضمان وهي المحجوزة بفعل أربابها في الحظائر ففي إتلافها الضمان على رأى كثير من الفقهاء لتقصير أصحابها.

ومنهم من رأى عدم الضمان^(١).

وجملة القول أن هذا الاختلاف نتيجة لاختلاف الأنظار في ثبوت التقصير، فمن رأى أن ما حدث كان نتيجة تقصير ذهب إلى التضمن، ومن رأى أنه ليس نتيجة تقصير ذهب إلى عدم التضمن.

فيما يحدثه الحيوان في الطريق وما يحدثه في الزرع من ضرر

تؤسس أحكام هذا النوع على أن حق المرور في الطريق حق مشترك فلكل فرد أن يمر فيه، غير أنه قيد بالسلامة نتيجة للاشتراك فيه حتى لا يلحق أحداً ضرر من جراء استعماله.

وهو قيد فيما يمكن الاحتراز عنه، أما فيما لا يمكن الاحتراز عنه فيراعى لكل حادثة ظروفها؛ لأن تقييد المرور فيه مطلقاً يؤدي إلى الضرر بالتضييق في الانتفاع على حين جاء التقييد لمنع الضرر.

ويلاحظ أن عنصر التسبب في حوادث الطريق أشد وضوحاً من ناحية أن الحيوان عند استعماله يكون مقوداً أو مسوقاً وذلك ما أدى بطريق التسبب إلى جنيته، إذ لو لم يسق ويدفع إلى هذه الوجهة ما حدثت تلك الجناية، غير أن الفقهاء قد اعتبروا أن ما يحدثه الحيوان من ضرر في بعض الظروف يعد من حالات المباشرة بالنسبة إلى صاحبه أو حارسه إذا كان راكباً إياه، فقد عدوا ما يحدث من فعل الحيوان في هذه الحال من قبيل الضرر المباشر الذي لا يشترط في الإلزام بالضمان فيه التعدي؛ ولذا كان الضمان في غير حال الركوب مشروطاً بالتقصير أو بالتعدي. أما في حال الركوب فلم يشترط فيه

(١) نيل الأوطار للشركاني ج ٥ ص ٢٧٦، والنوري على مسلم ج ١١ ص ٣٢٥، وعمدة القارى ج ٩ ص ١٠٢، والبدائع ج ٧ ص ٢٧٣، والإفصاح ٢٧٥، ٣٧٦.

ذلك فعلى الراكب ضمان ما يحدث سواء أكان ذلك في ملكه أم في ملك غيره، ولو كان الوجود فيه بإذنه أم حدث في طريق العامة وإن لم يتعد؛ ولهذا قال الكاساني: إن ركب الدابة يضمن ما تظوه برجلها أو يدها ولو كان ذلك عن خطأ؛ لحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة. والدابة آلة له فكان الإلتاف الحاصل بتلفها مضافاً إلى الراكب.

والراكب والرديف سواء، خلافاً للشافعية إذ لم يسووا بين الرديف والراكب. وإنما يضاف الضرر إلى الراكب إذا لم يكن من غيره ما يحملها على العدو والجرى كنخس أو ضرب.

ولا فرق في ضرر يمس الناس في أموالهم وأنفسهم غير أنه لا يعنينا في هذا المقام إلا ما يمس الناس في أموالهم. والمراد بالتعدي هنا مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يطلب الاقتصار عليه شرعاً. فإذا لم تحدث مجاوز فلا ضمان.

وعلى ذلك لا يضمن مالك الدابة ما تتلفه وهي في حظيرتها، إذ لا اعتداء في تركها في حظيرتها. وفعلها حيثئذ جبار. ومن ذلك ما لو وقفها أو تركها في موقف أعد لوقوف الدواب بإذن الإمام، أما لو وقفها في محل لم يعد لذلك كالطريق فعليه ضمان ما تتلف؛ ولذا لو تصادمت دابتان في مكان أعد لوقوف الدواب فأتلفت إحداهما الأخرى فلا ضمان. كما لو كانتا في سوق الدواب المخصص لعرض الدواب وبيعها^(١). ومثال ما لو أتلفت شيئاً بسبب أن صاحبها وقفها في ملك غيره مع طول رسلها فتجول فتتلف شيئاً فإنه يضمن في هذه الحال ما أتلفته لوجود شرط الضمان بالتسبب وهو التعدي بربطها في غير ملكه.

وإذا اجتمعت المباشرة والتسبب قدمت المباشرة في إضافة التلف إليها وذلك كما لو ربط شخص بغيراً في قطار من الإبل دون علم من القائد فأتلف المربوط مالا بوطئه فالضمان على القائد لمباشرة التلف بالقود لاتصاله بالتلف، ولكن له الرجوع على الرابط، لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة^(٢).

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٤٨.

وقد جاء في جامع الفصولين لو قتل سنور حمامة فلا ضمان على صاحبه، لأنه ليس بمباشر ولا بمتسبب، وقيد الشافعية هذا بما إذا لم يكن السنور عادياً؛ لأن حيازته تعد تسبباً في الإتلاف وتركه دون ربط يعد اعتداء مع العلم بحاله، وإذا جمحت به فرسه فلم يقدر على ردها فأتلفت مالا لم يضمن، ذهب إلى ذلك الحنفية، وعللوا ذلك بأنه في هذه الحال لا يعد مسيراً لها لعجزه عن ردها ووقفها. وهذا بخلاف ما إذا كان هو الذي دفع فرسه إلى ذلك أو قصد الإضرار بمال فإنه يضمن كما أفاد ذلك صاحب جامع الفصولين^(١). وقد نصوا على أنه لو ضرب شخص دابة عليها راكب أو نخسها بدون إذن فنفتحت من فورها أو ضربت بيدها فأتلفت مالا فإنه يضمن تبعة فعله هذا لا الراكب. وعلل السرخي ذلك بأن ضربه أو نخسه جناية فما تولد عنه كان مضموناً عليه وإنما كان ذلك جناية؛ لأنه صدر منه عن قصد ولم يحذر ما ينجم عنه، وإذا كان الناحس لا يقصد حتماً إلى إتلاف مال وإنما كان يقصد الإسراع بالدابة. وهذا أمر مباح - ولكن تولد عنه محذور عن قلة احتراز واحتراس حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت حال النخس فإنه يضمن ألا ترى أنهم نصوا على أن الراعي لو قاد الغنم قريباً من الزرع بحيث لو شاءت تناولت منه فأتلفت منه شيئاً ضمن الراعي ما أتلفه^(٢).

والراكب ضامن لما تظوه الدابة بيدها ورجلها، أو تصدمه أو تكدمه بفمها أو تخبطه بيدها لإمكان الاحتراز عند الحنفية، ولكنه لا يضمن النفحة برجلها أو ذنبها وهي سائرة، لعدم إمكان الاحتراز عنه ومثله السائق والقائد، فما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد وما لا فلا؛ لأنهما متسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقرب الدابة إلى الجناية، وذهب داود إلى عدم الضمان في هذه الحال، وذهب الشافعي ومالك إلى الضمان مطلقاً بلا تفصيل بين أطراف الدابة وأعضائها وهي رواية عن أحمد. وقد تقدم ذكر ذلك فيما سبق.

ومن أحوال التقصير الموجب للتضمن ما نص عليه الحنفية من أنه لو رأى دابته تأكل حنطة غيره فلم يمنعها ففي ضمانه ما أكلت اختلاف المشايخ، والصحيح أنه يضمن^(٣).

(١) ج ٢ ص ٨٥.

(٢) الهداية ج ٦ ص ١١٨ وجامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦.

(٣) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٧.

وإذا أرسل حيوانه فلم يقيده فأتلف مالا لم يضمن ما أصابه من فوره؛ لعدم تعديه في إرساله ولأنه لا يمكن متابعته وهذا إذا كان طيراً ومثله الكلب، أما لو كان دابة فإنه يضمن ما أصابته في فور إرسالها ساقها أم لا؛ لأنه متعد بإرسالها في الطريق ويمكنه اتباعها، وروى عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله صيانة لأموال الناس^(١) وبه أخذ المشايخ وعليه الفتوى.

وإذا كان الحيوان خطراً كالكلب النطوح والكلب العقور والجمال العضوض فقد اختلفت أنظار الفقهاء في شرط تضمين ما يتلفه، فالحنفية لا يوجهون الضمان إلا عند التوجيه، أو إذا ما تقدم أحد إلى أصحابها طالباً دفع أذاها.

وسئل بعض المالكية عن النحل يتخذها الرجل وهي تضر بشجر الناس إذا أزهى فقال: أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر الناس في زرعهم وشجرهم. وعن أشهب النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وإليه ذهب ابن القاسم^(٢).

وذهب الشافعية إلى التضمين مطلقاً في هذه المسائل، وهي رواية عن مالك؛ ولذا ضمنوا من أطلق كلباً عقوراً أو دابة ضارية على الناس في طرقاتهم، إذ يعد عدم حبسها تقصيراً يقتضى التضمين.

المسئول عن جناية الحيوان:

والمسئول عن جناية الحيوان في الشريعة هو ذو اليد عليه المتسبب في الإتلاف مالكاً كان أم مستعيراً أم مستأجراً أم غاصباً، فقد ذكروا أن من ألقى حية في الطريق أو قشر فأكهة فتسبب عن ذلك تلف كان هو الضامن، وأنه إذا وجد دابة لغيره في زرعه فحمل عليها فأسرعت هاربة فأتلفت مالا ضمن ما أتلفته من مال إثر هربها، أما إذا أخرجها واقتصر على ذلك فأتلفت شيئاً لم يضمنه. ومثل ذلك ما لو أرسلها فمالت عن الوجهة التي وجهها إليها فأصابته بعد ذلك مالا فأتلفته لم يضمن عند الإمام خلافاً لمحمد، ولكن إذا كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً وهي في يده ضمن هو دون المالك، وأنه إذا استعار شخص بهيمة فأتلف مالا وهي في يده ضمن ما أتلفته سواء

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ٢ ورد المختار ج ٥ ص ٥٩٧ والهداية ج ٤ ص ١٤٨.

(٢) التبصرة ج ٢ ص ٢٥٣ والدر المختار ج ٥ ص ٦٠١.

أكان ما أتلفته للمالكها أو لغيره؛ لأن الضمان منوط باليد المتسبية، ويقول الثوري: إن الضمان يجب في مال الذي هو معها مالكا أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً أو وديعاً أو وكيلاً أو غيرهم. ويقول الشرقاوي: إنه لا يتعلق برقبتها بل بمال ذي اليد عليها^(١).

وإذا تعدد واضعو اليد على الحيوان كراكب ورديف أو راكب وسائق أو راكب وقائد فالضمان عليهم متى كانوا مستوين في ذلك^(٢)؛ ذلك لأن كل واحد يضمن عند انفراده فإذا كان مع غيره يضمن معه.

ضمان ما تلف بسقوط المباني

لم تشرع الحقوق للإضرار بالناس وإنما شرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدي إليها؛ ولذا كانت لكل حق شرعيته ما دام غير مؤد إلى ضرر بغير صاحبه، فإذا أدى إلى ضرر أحد من الناس سلبت عنه شرعيته وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداء، وعلى هذا الأساس أسس ضمان ما يتلف بسبب سقوط المباني فليس من حق إنسان أن يقيم مبنى واهياً آيلاً للسقوط بسبب ميله إلى الطريق أو ميله إلى ملك لغيره فإن في سقوطه إضراراً بالمارة أو بالجار.

وإقامة بناء على هذا الوضع يعد اعتداء سواء أكان ذلك الميل فيه كله أم كان في جزء من أجزائه كالميازيب والأجنحة والشرفات وما يشبه ذلك مما لا يكون له حق إحداثه على الطريق إلا بإذن من ولي الأمر أو إحداثه على ملك لغيره إلا بإذن من المالك. وتتحقق المسؤولية في هذه الحال - حال الإنشاء - بمجرد السقوط وحدث التلف به دون حاجة إلى إعذار للمالك أو إشهاد عليه.

والمستول في هذه الحال مالك البناء وناظر الوقف إن كان البناء وقفاً وولى اليتيم إن كان ليتيم والقيم على ضعيف الأهلية إن كان لضعيف أهلية دون المستأجر والمستعير؛ لعدم ولايتهم في النقص والإزالة.

وفي حكم ما تقدم علو البناء بالنسبة إلى سفله إذا كان علو المالك والسفل لآخر.

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ والشرح الكبير ج ٥ ص ٤٥٥ والنووي شرح مسلم ج ١١ ص ٢٢٥ والشرقاوي على التحرير ج ٢ ص ٤٥٩.

(٢) البدائع ج ٧ ص ٢٨٠.

وقد نص الحنابلة على أنه لو بنى إنسان في ملكه حائطا مائلا إلى الطريق العام أو إلى ملك غيره فسقط على شيء فأتلفه ضمنه؛ لأنه متعد بذلك فالبناء في هواء الشارع أو في هواء ملك غيره أو في هواء مشترك يعد تعدياً ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك^(١).

وأما إذا أقيم البناء سليماً ثم طرأ عليه التصدع والخلل بعوامل طبيعية فأصبح معرضاً للسقوط في الطريق أو في منزل الجار فقد اختلفت أنظار الفقهاء، فمنهم من اشترط لتضمنين صاحبه ما يتلف بسقوطه الإعذار إلى المالك والإشهاد عليه، وذلك ما روى عن شريح والنخعي والشعبي، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وهو المختار عند الحنابلة، فإذا أعذر صاحبه وطولب بالنقض أو الإصلاح وأشهد عليه فلم يفعل ثم سقط البناء فتلف بسقوطه مال لغير مالك البناء ألزم بضمانه.

ويجب أن يكون ذلك قبل سقوطه بمدة يقدر فيها على النقص أو الإصلاح ثم لم يفعل.

ويرى الحنفية أن الإشهاد إنما هو للاحتياط وإثبات الإعذار عند إنكاره وهذا استحسان أساسه ما قدمنا، والقياس عدم الضمان لسقوطه إذا ما سقط بغير صنع أحد. وبالقياص أخذ بعض الفقهاء ومنهم فريق من الحنابلة، لعدم التعدي في بنيه على هذا الوضع.

ويشترط أن يكون الإعذار ممن له حق ومصلحة في طلب النقص والإصلاح. فإذا كان ميل البناء إلى الطريق جاز الإعذار من كل مكلف له حق المرور في الطريق ولو ذمياً، وإذا كان إلى ملك الغير كان الإعذار من حق من مال البناء إلى ملكه. ويجب كما قدمنا أن يكون قبل السقوط بمدة استطاع فيها النقص أو الإصلاح، وأن يكون إلى من يملك النقص أو الإصلاح كالمالك وأبي الصغير والوصى على التيم وأحد الورثة في نصيبه، فأما إن كان لمن لا يمكنه النقص أو لا يمكنه النقص وحده يرفع الأمر إلى القاضي كالمرتهن والمستأجر والمستعير وساكن الدار. وتعتبر القدرة من وقت الإشهاد إلى وقت سقوط البناء، فلو زالت فيما بين ذلك بطل الإعذار - وإذا بنى الحائط مائلا ابتداء أو واهياً ضمن صاحبه ما يتلف بسقوطه من غير إعذار لتعديه بالبناء على هذا الوضع.

(١) البدائع ج ٢، ص ٢٨٣، والدر المختار ج ٥، ص ٥٩٨-٥٩٠، والمبسوط ج ٢٧، ص ٩-١٢، والهداية ج ٤، ص ٤٤٤، والدر ج ٢، ص ١١١، وشرح التحرير لتركيب الانصاري ج ٢، ص ٤٦٠، والمغنى ج ٥، ص ٥٧١.

وذهب الشافعي إلى عدم التضمن مطلقاً في الحالين؛ لأن الميل أو التصدع لم يحدث بفعل مالك البناء ولا بالقائم عليه.

وذهب بعض الحنابلة إلى التضمن مطلقاً وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحق، سواء حدث إغذار أم لا؛ لأن مالك البناء بتركه على هذه الحال التي أصبح فيها معرضاً للسقوط والإضرار بالناس؛ يعد متعدياً متسبباً في الضرر بتركه البناء على حاله^(١) والله الموفق للصواب.

(١) الزيلعي ج٦ ص ١٤٧ والمبسوط ج٢٧ ص ٩-١٣ والهداية ج٤ ص ٤٤٤ والدر المختار ج٥ ص ٥٨٩-٥٩١ والتحرير لتركيا الأنصاري ج٢ ص ٤٦٠ والمغنى ج٩ ص ٥٧١ وما بعدها. وتكملة البحر ج٨ ص ٤٠٣ والشرقاوي على التحرير ج٣ ص ٤٥٩ وكشاف القناع ج٢ ص ٣٦٩.

القسم الثاني

الكفالة - الديات
دراسة مقارنة

الكفالة

الكفالة اسم يدل على الضمان، تقول: كفلت بالمال وبالنفس كفلا وكفولا من باب قتل، ووردت كذلك من باب ضرب وكرم والاسم الكفالة، وتقول: كفلت فلانا وكفلت به وكفلت عنه - إذا تحملت المال عنه - وتقول: كفلته كذا وأكفلته كذا إذا جعلته كفيلًا به - وتقول: تكفلت بالمال إذا التزمت به أو تحملت به - وتقول: كفلت الصغير إذا علّته وضممته من باب قتل - وتقول كفلته الصغير إذا ضممته إليه. وهو كفيل بالمال وهي كفيل به للرجل والمرأة على السواء، وقال ابن الأعرابي: يقال في ذلك كافل أيضا مثل ضمين وضامن. وفرق الليث بينهما فقال: ضامن المال كفيل، والعائل كافل - المصباح، والأساس، والقاموس.

ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان الزعامة، وبابها قتل ونفع والقبالة كسحابة وبابها ضرب وقتل وسمع، والحماة ككتابه وبابها ضرب، فيقال هو زعيم بالمال وقيل به وحميل به - وكذلك يقال: هو صبير بالمال بمعنى أنه ضمين به. قال الماوردي: غير أن العرف خصص الحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس، والضامن والضمين بالدين مطلقا، أما القليل والصبير فيعم الكل^(١).

وقد شاع عند كثير من الفقهاء كالشافعية والحنابلة والشيعة استعمال الضمان في ضمان الدين، والكفالة في كفالة النفس ولم يشع هذا عند الحنفية، ويسمى الدائن بالمكفول له والمدين بالمكفول عنه والدين بالمكفول به أو المكفول.

تعريفها شرعا

الكفالة نوعان كفالة بالمال، وكفالة بالنفس وتسمى الأخيرة كفالة البدن وكفالة الوجه والمراد منها - التزام إحضار الخصم أو الدلالة على مكانه، ومن الفقهاء من أضاف إلى النوعين السابقين نوعا ثالثا سماه الكفالة بالفعل ومثل له بكفالة تسليم الأعيان، لكننا

(١) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤١٨.

نرى أنها مندرجة في كفالة المال لأن العين المكفول تسليمها مال وسنين الكفالة بالنفس بعد بيان الكفالة بالمال.

الكفالة بالمال:

عمد الفقهاء إلى تعريفها بناء على حكمها وهو الأثر المترتب عليها فاختلفوا في تعريفها بسبب اختلافهم في حكمها.

- ١- فعرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق مع بقائه شاغلا للذمة الأولى.
- ٢- وعرفوها أيضا بأنها التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره مع بقائه شاغلا لذمته - شرح الدردير.
- ٣- وعرفها الحنابلة بأنها التزام من هو أهل للتبرع ما وجب على غيره مع بقائه في ذمته «كشاف القناع».
- ٤- وعرفها الزيدية بأنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين «البحر الزخار».

وهذه التعريفات الأربعة متحدة المعنى وجميعها مبني على أساس واحد هو أن حكم الكفالة - أي الأثر المترتب عليها - عند أصحاب هذه التعاريف هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في الدين، بمعنى أنها تصبح مشغولة به أيضا مع بقاء شغل الذمة الأولى به، ويترتب على ذلك صحة توجيه المطالبة بالأداء إليه كما توجه إلى المدين الأصلي على تفصيل سنبينه فيما يأتي:

- ٥- وعرفها أهل الظاهر بأنها نقل الدين من ذمة إلى أخرى وإليه ذهب ابن أبي ليلى وعبد الله بن شبرمة وأبو ثور^(١).

٦- وعرفها الشيعة الجعفرية بأنها عقد شرع لنقل الدين من ذمة إلى أخرى غير مشغولة بمثله^(٢)، ويلاحظ أن الشيعة الجعفرية يخصون هذا العقد باسم الضمان، أما اسم الكفالة فيطلقونه على الكفالة بالنفس.

والذمة عند غير المالكية وصف شرعى تثبت به الأهلية لوجوب الحقوق وتحمل الواجبات، أما عند المالكية فهي وصف شرعى تثبت به الأهلية لتحمل الواجبات، أما

(١) للحلى ج ٥ ص ١١٠ و ١١١.

(٢) المختصر النافع ج ١ ص ١٤٢، تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٢.

الدين فهو وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة بمقتضاه، كما عرفه الغزالى . أو هو مال حكمى فى الذمة . كما عرفه الزاهدى .

ومن هذا يرى أن أهل الظاهر والشيعة الجعفرية متفقون على أن ضمان الدين يترتب عليه نقله من ذمة المدين الأصلية إلى ذمة الضامن وصيرورة المدين الأصلية بريئا منه . قال ابن حزم فى كتابه^(١) أنه يترتب على ضمان الحق سقوطه عمن كان عليه وانتقاله إلى ذمة الضامن حتى لا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشئ من ذلك الحق - وصَلَّه ذلك الحق من الضامن فانتصف منه أم لم ينتصف منه . وفى تحرير الأحكام للشيعة: أن المدين الأصلية يبرأ بالضمان ولا يجوز للمضمون له مطالبته .

والفريقان يشترطان فى الضمان أن يكون الضامن غير مدين لمن ضمنه؛ وذلك لأن الضمان تبرع من الضامن بالتزام الدين وأدائه بدون عوض بتقبله نظير ذلك، كما يشترطون فى الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل بمثل ما أحال به عليه حتى تكون هناك معاوضة بين الدينين: ما للمحيل قبل المحال عليه وما للمحال قبل المحيل فيسقط أحدهما بالآخر - وهذا ما يظهر من بيان الفريقين لمعنى الضمان والحوالة فى كتابي «تحرير الأحكام والمحلى» لابن حزم . وعلى ذلك فنقل الدين من ذمة مشغولة به إلى ذمة أخرى غير مشغولة بما يعد عوضا عنه كفالة .

وعلى ذلك يتضح الفرق بين الكفالة والحوالة عند من يرى أن الكفالة ينتقل بها الدين إلى ذمة الكفيل وتبرأ بها ذمة المكفول عنه .

٧- أما الحنفية فقد اختلفوا فى تعريفها . فمنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين فيوافقون الجمهور فى تعريفها بذلك، ومنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فقط لا فى الدين . وهذا رأى انفرد به فريق من الحنفية . وقد ذكر الرايين السرخسى فى مبسوطه، وصرح كما صرح غيره بأن أصح الرايين هو القول الثانى .

ومن هذا يتبين أن الفقهاء فى بيانهم لمعنى الكفالة قد اختلفوا فى أمرين:

أحدهما اختلافهم فى أنها ضم ذمة إلى أخرى أو أنها نقل للدين من ذمة إلى

أخرى .

وثانيهما اختلافهم في بيان موضوع الضم على القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى، أم هي ضم ذمة إلى أخرى في الدين أم ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة به فقط لا في نفس الدين.

فأما الأمر الأول فإن الذين ذهبوا إلى أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل فيصير بها الأصيل، وهم أهل الظاهر والشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم مستندهم في ذلك ما روى عن سلمة بن الأكوع قال: كنا عند النبي ﷺ فأتى بجنزة فقالوا: يا رسول الله صل عليها. قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. فقال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير. قال: صلوا على صاحبكم. فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلى دينه. فصلى عليه. رواه أحمد والبخاري والنسائي، وفي رواية للنسائي وابن ماجه أن أبا قتادة قال: أنا أتكفل به^(١).

فقد دل هذا الحديث على أن رسول الله ﷺ امتنع أن يصلى على المدين الذي توفي ولم يترك وفاء له، والظاهر أن سبب ذلك هو شغل ذمته بالدين مع عدم وجود وفاء له. وأنه ﷺ صلى عليه بعد أن كفله أبو قتادة. وذلك دليل اختلاف الحاليين - وليس بينهما اختلاف كما يظهر إلا بكفالة هذا الدين، وإذا لم يترتب على الكفالة براءة من الدين وصلاة الرسول ﷺ عليه بسبب براءة ذمته منه لم يكن بين الحاليين فرق ولم يظهر لامتناع الرسول ﷺ أن يصلى عليه قبل الكفالة ثم صلاته عليه بعد الكفالة سبب - ويدل على ذلك أيضاً ما جاء في بعض الروايات من قول أبي قتادة: الديناران^(٢) على. وأن النبي ﷺ قد أجابه عند ذلك بقوله: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت»، فقال أبو قتادة: نعم، فإن ذلك صريح في براءة ذمة المدين بكفالة الدين عنه.

أما الذين ذهبوا إلى خلاف ذلك، وأنها ضم ذمة إلى أخرى فهم فريقان: الجمهور وهم يرون أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين، ويتبع ذلك توجه المطالبة إلى الكفيل، كما هي موجهة إلى الأصيل. وفريق من الحنفية ذهبوا إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة فقط لا في الدين وسندهم جميعاً في أنها للضم لا للنقل ما يأتي:

(١) راجع للحلى ج ٨ ص ١٠٨ من كتاب الحوالة ومن ١١١ من كتاب الكفالة.

(٢) يلاحظ أنه روى عن جابر مثل ذلك، وفي رواية أخرى أن الدين ديناران، وقد روى هذه الرواية أحمد وأبو داود والنسائي، ولعلها في حادثة أخرى فيكون لأبي قتادة في الكفالة عن الميت حادثان كما روى عن أبي سعيد الخدري حادثة مثل هذه، كان الضامن فيها علياً رضي الله عنه ورواهما الدارقطني والبيهقي.

روى عن جابر قال: توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي ﷺ فقلنا: تصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران على فقال النبي ﷺ: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت» قال: نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران، قال أبو قتادة: إنما مات أمس - قال فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما فقال النبي ﷺ: «الآن بردت عليه جلده»، رواه أحمد. فقد جاء في الحديث أنه ﷺ قال بعد الوفاء: «الآن بردت عليه جلده». فكان ذلك دليلا على عدم براءة ذمته قبل الوفاء. وإذن فمعنى قوله ﷺ أولا في هذا الحديث «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت» - وقد صدر من رسول الله ﷺ قبل الوفاء كما يدل عليه ما جاء في الحديث بعد هذه العبارة - أن هذا الدين قد صار بكفالاته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفى وبرئ منه المدين كما في قوله تعالى ﴿أَتَىٰ أَمْرَ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ...﴾ [النحل]. أما امتناعه ﷺ من الصلاة قبل الكفالة وصلاته بعدها فلا يدل على براءة ذمته بالكفالة وإنما امتنع أولا بسبب أنه توفي ولم يترك وفاء وكان عليه أن يسعى في وفاء دينه قبل وفاته تجنباً لذلك ويعدا عن الإضرار بالدائنين فلما وجدت الوسيلة إلى الوفاء بالكفالة وانتفى بسببها الضرر بالدائنين؛ صلى عليه، ومؤدى ذلك أن الرسول ﷺ أراد أن يحض المدينين على عدم الإضرار بالدائنين بعد أن أحسنوا بإدانتهم إياهم حين كانوا في حاجة إلى المال.

ومن هذا يتبين أن الكفالة إنما تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل، وليس يبرأ بها المدين وأن الكفيل يصبح بسببها مطالبا بالدين. ومطالبته بالدين دليل على شغل ذمته؛ لأن الدين كما تقدم وصف شرعى يظهر أثره في المطالبة بما يقتضيه فكانت مطالبة الكفيل بالدين واستيفاءه من أمواله مظهر شغل ذمته - وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية. ولكن الحنفية كانوا في ذلك فريقين: فريقا رأى رأي الجمهور وفريقا رأى أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط. وأيد الفريق الأول رأيه بأمرين: الأول أنه قد نقل عن الإمام وصاحبيه صحة هبة الدين من الكفيل، وعندئذ يرجع به على الأصل إذا كانت الكفالة بأمره وليس يصح هبة الدين لغير المدين. فكانت صحة هبة الدين له دليلا على أنه مدين، كما نقل عنهم كذلك صحة شراء شيء من الكفيل بما كفل به من الديون، وذلك ما يعنى تمليك الدين له. ولا يجوز تمليك الدين إلا لمن عليه الدين. الثاني أنه لو كانت الكفالة ضما لذمة إلى أخرى في المطالبة فقط كما يرى الفريق الآخر لسقطت الكفالة بموت الكفيل لعدم صلاحيته للمطالبة بعد الوفاء، ولم يؤخذ الدين من

تركته، كما في الكفالة بالنفس ولكنها لا تسقط بالموت، وإذا مات الكفيل أخذ الدين المكفول من تركته، فكان ذلك دليلا على أن ذمته تشمل به.

وأيد الفريق الآخر رأيه أولا: بأن الكفالة معناها الضم، وهي ضم ذمة إلى أخرى للتوثيق، ويكفي في التوثيق أن يكون الضم في المطالبة فقط، وليس يجوز أن يكون في الدين نفسه، وإلا لكان كل من الأصيل والكفيل مدينا وتعدد الدين بذلك فيصير للدائن دينان يستوفيها من اثنين وهذا غير مقبول ولا يقول به أحد، وثانيا: اتفاهم على أن براءة الكفيل لا ترتد بالرد لأنها إسقاط للمطالبة وهو إسقاط محض، ولو كان الكفيل مدينا لارتدت براءته برده كالأصيل لما يكون فيها من معنى التملك، ويقول صاحب المبسوط أن هذا القول هو أصح القولين عند الحنفية.

وقد نقش استدلال هؤلاء جميعا بما يأتي:

مناقشة أهل الظاهر:

نوقش استدلال أهل الظاهر والشيعة الجعفرية بأن امتناعه عليه السلام أن يصلى على الميت المدين الذي لم يترك وفاء لدينه أولا ثم صلاته عليه بعد الكفالة بدنيه لم يكن لشغل ذمته بالدين أولا ثم براءتها منه ثانيا وانتقاله إلى ذمة الكفيل. وإنما كان لإرادة حض الناس على أنهم إذا استدانوا وجب عليهم أن يكونوا حريصين على الوفاء والمسارة إليه حتى لا يفاجئهم الموت وليس عندهم وفاء فيتضرر بذلك الغريم الدائن وليس يحسن أن يكون ذلك جزاء تفضله وإحسانه بإعطاء المال وسد الغلة وتفريج الكربة؛ كما حدث لهذا الميت ولكن حين وجد السبيل إلى وفاء هذا الدين كفالة أبي قتادة وزوال الضرر بالغريم عند ذلك صلى عليه، وإذن لم تكن صلاته صلوات الله عليه أخيرا لبراءة ذمته بالكفالة بل لوجود وسيلة إلى الوفاء وزوال ضرر تسبب فيه هذا الميت وذلك مع بقاء شغل ذمته بعد الكفالة.. ويدل على ذلك ما في الروايات الأخرى من أنه عليه السلام قال بعد أن أوفى أبو قتادة الدين.. «الآن بردت جلديته» ولو برئت ذمته بالكفالة لبردت قبل ذلك الوقت - وأما قول أبي قتادة.. الديناران على كما جاء في بعض الروايات فمعناه صارا مطلوبين منى وصرت ملتزما بهما ولا وفاء لهما إلا من ناحيتي لوفاة المدين مفلسا، وأما قوله عليه السلام.. «قد أوفى الله دين الغريم وبرئ منه الميت» فالمعنى فيه كما تقدم بيانه أن هذا الدين - ولم يكن هناك سبيل إلى وفائه قبل الكفالة - قد صار بضمانة مطلوبا من الكفيل وأصبح الكفيل ملتزما به على وجه التبرع لا رجوع له به على الميت، وبذلك وجد الدائن السبيل

إلى وفاته بعد اليأس منه فصار كأنه قد استوفاه وكان الميت قد برئ بذلك كما في قوله تعالى: ﴿أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ...﴾ [النحل]. وعلى ذلك يرى أن ليس فيما يستدل به هؤلاء ما يقطع بأن الدين ينتقل بضمانه من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل.

مناقشة الجمهور:

نوقش قول الجمهور: بأن مطالبة الكفيل بالدين دليل على شغل ذمته - بأنه منقوض بمطالبة وكيل الشراء بثمن ما اشتراه لموكله مع الاتفاق على براءة ذمته منه وشغل ذمة الموكل بالثمن، ومطالبة الولي والوصى بدين من هو تحت ولايتهما مع عدم شغل ذمتهما به فوجدت المطالبة دون الدين كما يوجد الدين بدون المطالبة به عند تأجيله هذا والمطالبة مع أصل الدين مثلها مثل ملك التصرف مع ملك العين، فكما يجوز أن يفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق الولي والوصى، وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن، فكذلك يجوز أن يفصل حق المطالبة عن أصل الدين. وعلى هذا لا تكون مطالبة الكفيل بالدين دليل شغل ذمته به، كما نوقش أيضا استدلالهم بصحة الهبة للكفيل، والشراء منه بالدين المكفول به بأن مبنى ذلك هو اعتبار ذمة الكفيل مشغولة بالدين استحسانا، والحكم بصحة ذلك اعتمادا على توجيه المطالبة إليه غير أن هذا يلزمهم أن ينهوا هذا المذهب في الوكيل بالشراء أيضا فهل نقل ذلك عنهم؟.

وقولهم: لو كانت الكفالة ضما في المطالبة فقط لانتهت بموت الكفيل ولم يؤخذ الدين من تركته، منقوض بالوكيل في الشراء إذ هو مطالب بالثمن فقط وبهذه المطالبة تشغل ذمته دون أن تشغل بالدين، وإذا توفى لا ينتهي التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين وأخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه.

أما استنادهم إلى القياس على الكفالة بالنفس وانتهائها بموت الكفيل وعدم سقوط الكفالة بالدين بوفاء الكفيل فهو قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الكفالة بالدين واستلزامها المطالبة تستتبع حقا في مال الكفيل فلم تسقط بوفاته، أما الكفالة بالنفس فهي مجرد التزام شخصي بالقيام بعمل فيسقط بموته.

مناقشة رأي فريق من الحنفية:

ونوقش استدلال من ذهب من الحنفية إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة فقط بأنه ليس يلزم من ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الأصل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما جميعا، بل هو لا يزال ديناً واحداً ولكنه يشغل ذمة

كل منهما، والاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما فقط، وذلك كما في الغاصب وغاصب الغاصب إذا تلف المغصوب في يد غاصب الغاصب، فإن المالك في هذه الحال لا يستحق إلا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما وهو من يختاره منهما، إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب؛ لأن ذمة كل منهما أصبحت مشغولة بها لثبوت سبب الضمان في حق كل منهما - الغاصب بأخذه المال بدون حق - وغاصب الغاصب بسبب تفويته يد الغاصب التي هي في حكم يد المالك من وجه، إذ كان عليه أن يحفظ المال ويرده إلى صاحبه، فكان كالوديع بالنسبة للمالك من هذه الناحية إذ غصبت منه الوديعة وهي في يده، ومع ذلك فإن المالك لا يستوفي القيمة إلا من أحدهما فقط، ولم يلزم من شغل ذمة كل منهما بها أن يكون له قيمتان يستوفيهما من الغاصب وغاصب الغاصب - وإذا استوفى من الغاصب رجع الغاصب بما يضمن على غاصب الغاصب، إذ قد ظهر بذلك أن غاصب الغاصب قد تعدى على ملك الغاصب فغصبه؛ وذلك لاستناد ملك الغاصب عند تضمينه إلى وقت تعديه.

وإن ضمن غاصب الغاصب لم يرجع على الغاصب لأنه إنما ضمن بفعله وتعديه فتحمل تبعه تعديه وليس يرد على ذلك أن يقال كيف يتصور أن يشغل الشيء الواحد محلين في وقت واحد فيشغل الدين ذمتين في وقت واحد؛ ذلك لأن ثبوت الدين في الذمة مجرد اعتبار من الاعتبارات الشرعية الحكمية، ومجرد تعلق لا يتبعه شغل حقيقي، فجاز لذلك أن يعتبر الدين الواحد شاغلا لذمتين في وقت واحد أى متعلقا بكل منهما، وإنما يمتنع ذلك في الأعيان فلا يتصور فيها أن تشغل عين مكانين في زمن واحد - وللآخرين أن يقولوا أن قياس المدين والكفيل على الغاصب وغاصب الغاصب قياس مع الفارق فإن مطالبة كل من المدين والكفيل محلها حق واحد هو حق الدائن - أما مطالبة الغاصب وغاصب الغاصب فليس الأمر فيها كذلك، فإن الواقع أن ذمة الغاصب مشغولة بحق المغصوب منه، وذمة غاصب الغاصب مشغولة في الواقع بحق للغاصب، وإذا طالبه المالك فإنما يطالبه على أساس هذا الحق، وكأنه احتال بماله لدى الغاصب من دين على غاصب الغاصب، وأما قولهم أن الكفالة للضمم وقد شرعت للتوثيق ويكفي فيه أن يكون الضم في المطالبة فقط فليس بسليم إذ لا يلزم من كفاية الضم في المطالبة لتحقيق التوثيق ألا تكون الكفالة ضما في الدين أيضا وذلك أقوى في إفادة التوثيق، ثم إن الاستدلال على جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين لا يستوجب تحقق ذلك فعلا في الكفالة إذ ليس كل جائز واقعا. هذا، والخلاف بين الحنفية في أنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين أو في المطالبة لا في الدين خلاف نظري لا يترتب عليه أثر عملي في الأحكام

- وذكر بعضهم أن له أثرا هو صحة تعليق براءة الكفيل على الشرط بناء على القول الأخير لأنها عليها إسقاط محض، وعدم صحتها بناء على القول الأول لما فيها من معنى تمليك الدين بناء عليه.

ومما تقدم يتبين أن ما استدل به هذا الفريق: أصحاب القول الأخير لا ينهض دليل لهم، كما تبين أيضا أن استدلال الشيعة وأهل الظاهر لم يسلم أيضا لهم لما تبين من أن قوله ﷺ «قد أوفى الله الغريم حقه» ليس مرادا به حقيقته قطعاً لما بينا، وأن مذهب الجمهور هو المذهب الذي يقوم عليه الاستدلال وهو المذهب الذي يتسق مع تعريف أبي حنيفة للمدين من أنه الأداء الواجب في الذمة كما سبق بيانه، وإن كان الحنفية قد رجحوا القول الأخير - ولم يذكروا لذلك وجها سليما، ولعل مرادهم من هذا أن تعريف الكفالة على هذا الوضع أجمع لأنواعها بخلاف تعريفها على الوضع الآخر، فإنه لا يشمل إلا الكفالة بالمال، وقد نص على ذلك ابن عابدين في حاشيته في أول الكفالة وذكر أن الذي يظهر له هو اتفاقهم على أن الدين يشغل ذمة الكفيل كما يشغل ذمة الأصيل، ذلك لاتفاقهم على صحة الهبة للكفيل والشراء منه وليس يترتب على هذا الرأي أى محذور، وبخاصة إذا لاحظنا أنه متسق مع رأى الإمام في الدين، وعلى الجملة فإنه لم ينقل عن الإمام وصاحبه رأى صريح في أنها للضم في الدين أو في المطالبة؛ وليس ذلك إلا تخريجا ممن أتى بعدهم مستنبطا من الفروع وقد علمت أصح الاستنباطين.

أما القانون المدني المصري فقد عرفها في المادة ٢٧٢ بقوله: الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، وليس من شك في أن تعهد الكفيل بالوفاء بالالتزام التزمه المدين يجعل ذمته مشغولة قانونا بهذا الالتزام وليس إلا الدين، وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولا بالوفاء، وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور في أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين. أما القانون العراقي فقد عرفها أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام (١٠٨) وبذلك مال إلى ما رجحه الحنفية.

مشروعية الكفالة:

شرعت الكفالة بالكتاب حين أقرها في حكايته عن كفالة أحد أتباع يومف عليه السلام إذ قال: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ» (بالصواع) «حَمِلَ بَعِيرٍ» أى من الطعام «وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»

أي كفيل كما قال ابن عباس «وبالسنّة وذلك بما رويناه فيما مضى، وبما روى عنه عليه السلام أيضا أنه قال: الزعيم غارم».

ركن الكفالة:

يتطلب وجود الكفالة وجود: كفيل، ومكفول له، ومكفول عنه، ومكفول به، وصيغة تتحقق بها الكفالة. وقد ذهب أهل الظاهر والشيعة الجعفرية إلى أن الصيغة التي تتحقق بها الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر عن المكفول له وهو الدائن أو الطالب، وبناء على ذلك يكون من أركانها عندهم الإيجاب والقبول؛ ذلك لأن الكفالة في رأيهم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، والدين حق للمكفول له ونقله من ذمة إلى أخرى تصرف فيه لا يتم إلا برضا صاحبه وإرادته، فكان من الواجب لتحقيق الكفالة رضا المكفول له وقبوله، وكانت الكفالة كأي عقد من العقود التي تنشأ بين طرفين لا تتحقق إلا بإيجاب وقبول، ولا يشترط في تمامها رضا المكفول عنه فتصبح ولو كرهها^(١).

وذهب أبو حنيفة ومحمد وكذلك أبو يوسف في أول رأى له إلى ما ذهب إليه هؤلاء من أن الكفالة لا تتم إلا بإيجاب وقبول. وإلى أن قبول المكفول له ركن فيها، ومبنى هذا القول عندهم أن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقا في ذمة الكفيل، وإذا كانت كذلك وجب قبول المكفول له إذ لا يملك إنسان حقا رغم أنه فكانت لذلك كالبيع تفيد ملكا فلا تتحقق إلا بإيجاب وقبول، وبناء على رأيهم هذا لا تتم الكفالة بعبارة الكفيل وحده سواء أكفل بالمال أم بالنفس بل لابد من قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد لما صدر فيه من إيجاب بها فيكون فضوليا في هذا القبول، ويتوقف العقد حيثئذ على إجازة المكفول له إذا وصل إلى علمه ولا يجب أن يكون البادئ فيها هو الكفيل بل يجوز أن يبدأ المكفول له أو أجنبي عنه بأن يقول أكفل لى بدينى قبل فلان أو أكفل لفلان بدينه فى ذمة فلان فيقول الكفيل كفلت. وإذا قام مقام المكفول له أجنبي فتوقف العقد على إجازته جاز للكفيل حيثئذ أن يخرج نفسه من الكفالة قبل إجازتها؛ لأن التزامه حيثئذ لم يتم، إذ يعتبر أنه قد صدر معلقا على قبول المكفول له، فإذا لم يحدث من المكفول له قبول كان التزاما لما يتم، فيجوز له أن

(١) تحرير الأحكام جـ ٢ ص ٢٢١، والمحلى جـ ٨ ص ١١١ وما بعدها.

يعدل عنه كما يجوز للبائع أن يعدل عن إيجابه قبل إجازة المشتري المبيع الذي باشره عنه الفضولي.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تتم وتحقق بإيجاب من الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول من المكفول له ولا على قبول من المكفول عنه ولا على علمهما بها، ولا يشترط فيها رضاها؛ ذلك لأنها مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفى ما وجب للمكفول له في ذمة المكفول عنه مع بقاء المكفول له على حقه بالنسبة إلى المكفول عنه، وذلك التزام لا معاوضة فيه ولا يضر بحق أحدهما ولا ينقص منه بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارته وحده.

وهذا هو أصح الرأيين عند الشافعية وبناء عليه لا تتوقف على قبول المكفول له ولا على رضا، ولكنها ترتد برده عندهم لأن رده في معنى إبرائه الكفيل، والإبراء يستقل به المبرئ عند من ذهب إلى ذلك منهم، وقيل تتوقف على القبول لأن الإبراء يتوقف على قبول المبرأ عند من ذهب إلى ذلك منهم، وقيل إنما تتوقف على الرضا على القبول لفظاً - وكل هذه آراء عند الشافعية أصحها ما ذكرناه أولاً.

وذهب الزيدية في أصح القولين عندهم إلى ما ذهب إليه الشافعية غير أن منهم من اشترط مع ذلك أن يكون الكفيل على معرفة بالمكفول له كما في الفتح، ومنهم من لم يشترط ذلك فصرح بصحة الكفالة مع جهالة المكفول له.

وقد رجع أبو يوسف أخيراً إلى رأى الجمهور فلم ير قبول المكفول له ركناً في الكفالة، وقال أنها تتم وتحقق بإيجاب الكفيل وحده.

وفي بيان هذا القول اختلف الحنفية فمنهم من رأى أنها تصح بإيجاب الكفيل موقوفة على إجازة المكفول له. فإذا أجازها ألزم الكفيل بمقتضى كفالته، وإذا لم يجزها لم يلزم بذلك. ومنهم من رأى أنها تنفذ فيلزم الكفيل ولكن للمكفول له حق ردها فإذا ردها بطلت. ذلك تخريجهم لقول أبي يوسف، وعلى هذا إذا مات المكفول له قبل القبول لم يترتب على الكفالة أثر وبطلت بموته على القول ولزمت على القول الثاني فكان لو ارث المكفول له مطالبة الكفيل بالدين.

وقد استند الجمهور أولاً إلى ما رويناه فيما سبق عن سلمة بن الأكوع وإلى ما رواه جابر رضى الله عنه من أن النبي ﷺ قبل كفالة أبي قتادة بدين على ميت جيء به

له ليصلى عليه وأقرها وصلى عليه بناء عليها دون أن يقبلها الدائن بل ودون أن يعرف من هو وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له.

وأضافوا إلى ذلك أن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها بدليل أنها تصح مع جهالة المال المكفول به، وتقبل التعليق بالشرط، والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق. والالتزام يتم بإيجاب الملتزم وحده كالنذر.

غير أن القانون المدني المصري قد انحاز في بيان الكفالة إلى رأى الإمام ومحمد فذكر أنها عقد «م ٧٧٢»، وإذا كانت عقداً وجب أن يكون له طرفان هما الدائن والكفيل فلا تتم الكفالة بمقتضى القانون إلا بإيجاب وقبول منهما دالين على توافق إرادتهما ولا تتم في نظره من جانب واحد، ولم أر الحكمة في تفضيل هذا الرأى على الرأى الآخر في حين أنه لا يراها تنقل الدين من ذمة إلى أخرى وإنما يراها ضم ذمة إلى أخرى وأنها مجرد التزام من الكفيل قام به تبرعاً قصداً إلى توفير أمن الدائن وطمأنينته، وتوثيق ذمة المدين لديه، وليس يترتب عليها أى تكليف للأصيل ولا نقص لحقوقه حتى يشترط قبوله، وإلى هذا ذهب القانون العراقي «م ١٠٠٩».

ويكون الإيجاب من الكفيل بكل ما يدل على العهدة والضمان لغة أو عرفاً وعادة كضمنت وكفلت وأنا به حميل أو زعيم أو غارم أو هذا المال علىّ أو إلىّ، أو عندى لك هذا المال متى كانت القرينة دالة على الضمان لا على الوديعة، ويكون القبول بكل ما يدل على الرضا كقبلت أو رضيت ونحو ذلك . . وليس يكفى عند الحنفية أن يكون الإيجاب أمراً كما فى البيع فإذا حدث فاستتبع استجابة من المأمور وجب أن يقبل الأمر أخيراً، واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك حال المرض إذا أمر المريض مورثه بقضاء دينه فقبل ذلك استحساناً؛ إذ يلتزم الوارث به دون توقف على صدور قبول من المريض الأمر.

والكفالة كغيرها من العقود تنعقد بالكتابة المرسومة المستبينة لقيامها مقام اللفظ، وتنعقد أيضاً بالكتابة المستبينة غير المرسومة إذا صحبها ما يدل على أنه قد أريد بها العهد أو الضمان، ولا تنعقد بغير المستبينة، وكذلك تنعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت دالة مفهومة على أنه يريد ضماناً.

وفى اشتراط عدم معرفته بالكتابة لانعقادها بإشارته خلاف بين الفقهاء، منهم من لا يشترط ذلك، ومنهم من يشترط.

وعند الحنفية في ذلك روايتان، رواية الأصل ورواية الجامع الصغير، والأولى تفيد اشتراط عجز الآخرس عن الكتابة، والثانية تدل على عدم اشتراط ذلك، والحنابلة يشترطون لانعقاد الكفالة من الآخرس بالكتابة أن تصاحبها قرينة تدل على أنه لا يريد بالكتابة شيئا غير الضمان، وهذا مذهبهم في كل العقود ينشئها الآخرس بالكتابة.

والى صحة الكفالة بالعبارة أو الكتابة ذهب القانون المدني، ولكنه يشترط الكتابة في إثباتها ففي مادته (٧٧٣)، لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه - ولا يجوز إثباتها بالبينه إلا إذا وجد مبدأ ثبوتها بالكتابة^(١) أو وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقد سندها الكتابي بسبب أجنبي لا بد للدائن فيه - (م ٤٠٢، ٤٠٣ مدني).

طبيعة عقد الكفالة:

والكفالة في طبيعتها كما تبين من تعريفها عقد التزام من جانب واحد فيه معنى التبرع فلا يلزم إلا الكفيل، وليس يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه بشيء وإن كان يكسب المكفول له حقا هو حق مطالبة الكفيل على ما شرحناه سابقا، وهذا عند الجمهور، أما عند الشيعة وأهل الظاهر فإن عقد الكفالة يترتب عليه إلزام المكفول له بأن يستبدل بدينه دينا آخر في ذمة الكفيل فلا يحق له مطالبة المدين الأصلي.

وعلى مذهب الجمهور إذا صاحب الكفالة التزام من جانب المكفول له أو المكفول عنه فلن يكون ذلك أثرا من آثار عقد الكفالة بل هو أثر لالتزام آخر خلاف عقد الكفالة وإن كان قد صاحبه، ذلك كأن يكون هناك اتفاق بين الكفيل والمدين أو الدائن على أن يعطوه جعلا ماليا في نظير كفالته إياه فإن هذا تعاقد مستقل عن الكفالة بين الكفيل والمدين أو المكفول له يجوز قانونا، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء.

ولا يتعارض مع هذا البيان أن الكفيل قد يرجع بما أداه للمكفول له على المكفول عنه كما سيأتي بيانه؛ لأن هذا الرجوع عندما يحدث إنما يكون نتيجة لأداء الكفيل ما على المدين من الدين لا نتيجة لكفالته بدليل أنه لا يرجع إلا إذا أدى الدين فعلا للدائن، وأنه لا يرجع إذا كان مستبرعا بالكفالة فكفل بدون أمر المدين، وإنما لم يجوز جمهور

(١) تعتبر مبدأ للإثبات بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال.

فقهاء الشريعة التعاقد على إعطاء جعل للكفيل نظير كفالته؛ لأنه من قبيل أكل المال بالباطل والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾ [النساء: ٢٩] إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالته شيئا يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له، وإنما التزم متبرعا بأداء ما على المكفول عنه من الدين، فإذا أداه ورجع به عليه لم يكن عندئذ ما يستوجب به أخذ مال آخر زيادة على ذلك وهو الجعل - كما هو الحال والحكم إذا قام المدين «الأصيل» بوفاء ما عليه من الدين - وإن أداه الكفيل ولم يرجع بما أدى على المدين فقد قام بالأداء متبرعا بما أدى فلا يستحق شيئا لقاء تبرعه بالتزامه وأدائه لأن ذلك يتعارض مع تبرعه.

وقد جاء في «كشاف القناع ومنتهى الإرادات» ما معناه، إذ قال شخص لآخر كفلت لك هذا المدين على أن تبرئني من كفالتى لفلان أو من ضمان الدين الآخر أو على أن تضمن ديناً لى قبل فلان أو على أن تبغنى دارك بكذا أو على أن تؤجرنى إياها لم يصح، فإن كان ذلك شرطاً فى الكفالة أفسدها، وإن لم يكن فيها لم يلزم الوفاء به^(١). وببطل الضمان بشرط إعطاء ضمان مال لا يحسب من الدين^(٢).

الجعل على الكفالة:

وفى «فتح القدير»: إذا كفّل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً فإن لم يكن مشروطاً فى الكفالة فالشرط باطل وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة، وسيأتى أن هذا يخالف ما ذهب إليه الحنفية من أن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وسيأتى بيان ذلك.

وفى «منح الجليل»: إذا أخذ الكفيل جعلاً على كفالته سواء أكان ذلك من الدائن أم من المدين أم من غيرهما فالكفالة باطلة، وقيل لا تبطل الكفالة إلا إذا كان الجعل من الدائن أو كان من غيره بعلم الدائن، أما إذا كان من المدين فإنها تصح ويلزم الكفيل برد الجعل إليه لأخذه باطلاً، وليس يشترط فى الجعل أن يكون مالا بل كما يكون ما لا يكون كفالة بدين للكفيل^(٣).

(١) منتهى الإرادات هامش الجزء ٢/ ص ١٦٦ وكشاف القناع ج ٢ ص ١٨٢.

(٢) نهاية المحتاج ص ٤٤٢.

(٣) منح الجليل ج ٣ ص ٢٦٥.

وفى «التاج»: ولا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان مصروف وخير ولا يجوز أخذ عوض عن مصروف أو خير كما لا يجوز عن صوم وصلاة سواء أكان من الدائن أو من المدين^(١).

وخالف في ذلك الشيعة الجعفرية فجوزوا الكفالة مع اشتراط الجعل فيها، وعلى ذلك إذا قال له كفلت لك دينك قبل فلان على أن تبني منزلك أو على أن تؤجرني أرضك أو نحو ذلك لزمه المال إذا تحقق الشرط^(٢) وإلى هذا الرأي مال التشريع المدني في مصر.

أحوال الصيغة:

لصيغة الكفالة الأحوال الآتية لأنها إما أن تكون مطلقة أى غير مقترنة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة إلى زمن مستقبل، وإما أن تكون مقترنة بشرط، وإما أن تكون معلقة عليه أو مضافة إلى زمن مستقبل. فالأحوال على الجملة: الإطلاق والاقتران بالشرط والإضافة إلى الزمن المستقبل والتعليق على الشرط والتوقيت.

والواقع أن الاقتران بالشرط يتناول حال التوقيت وحال الإضافة وأنها مع الاقتران بالشرط أو مع الإطلاق قد تكون منجزة وقد لا تكون منجزة، كما أنها في حال الإضافة وفي حال التعليق قد تقترن بشرط وقد لا تقترن بشرط فالأحوال متداخلة وليست كلها متقابلة، فحال التنجيز تقابل حال الإضافة والتعليق، وحال الإطلاق تقابل حال الاقتران وحال التعليق وحال الإضافة وما عدا ذلك فمتداخل بعضه في بعض.

حال التنجيز:

الأصل في العقود أن تكون منجزة عدا الوصية والإيصاء، ومعنى تنجيزها أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها آثار العقد في الحال. ومثال ذلك في الكفالة أن يقول شخص لآخر كفلت لك بدينك في ذمة فلان فإذا قبل الدائن الكفالة «على رأى من يرى وجوب القبول» فإن الكفيل يصير مطالبا بأداء هذا الدين في الحال. وعلى رأى من يرى أنها تتم بالإيجاب وحده يصير مطالبا بمجرد صدور الإيجاب منه

(١) جه ص ١١١.

(٢) تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٥.

دون توقف على قبول من أحد أو رضا من الدائن أو المدين، وقد فصلنا ذلك فيما مضى، ويترتب على ذلك إلزامه بأداء هذا الدين على ما سنفصله في أحكامها.

ويلاحظ أن الدين المكفول به إذا كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل متى كانت صيغتها مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين.

توقيت الكفالة:

ذكرنا فيما مضى خلاف الفقهاء في الكفالة وأن منهم من يرى أن الكفالة بدین المدين تبرئ ذمته من الدين وينقل بها الدين إلى ذمة الكفيل، ومنهم من لا يرى ذلك، ولكن يرى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين أيضاً بمجرد الكفالة فيكون الدين شاغلاً للذمتين: ذمة الأصيل وذمة الكفيل في وقت واحد وهذا رأى الجمهور، ومنهم من يرى أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين ولكن يطالب بأدائه فقط بناء على الكفالة.

ومقتضى الرأين الأولين القاضيين بشغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به أنه لا يجوز توقيت الكفالة على معنى أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة، حتى إذا مضت تلك المدة برئت ذمته بمضيها وانتهت الكفالة، وإن لم يوف الدائن دينه، ذلك لأن المعهود في الشرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ما تصح فيه الكفالة لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمعاوضة عليه، أو بإسقاط الدائن إياه أو بهبته للمدين. أما أنها تبرأ بمضى زمن محدد فيكون مضى هذا الزمن مسقطاً للدين فلا عهد لنا به في الحقوق لأنها لا تسقط بمضى الزمن ولا بالتقادم شرعاً، ولم يشذ عن هذا إلا دين النفقة فقد ذهب الحنفية إلى أن نفقة القريب إذا لم يؤدها من قضى عليه بها فمضى شهر ولم يكن قد أذن باستدانتها، ولم يستدنها من وجبت له فعلاً فإنها تسقط لأنها إنما وجبت صلة للحاجة، وبمضى الشهر تبين أن لا حاجة فيه فتسقط. وقد بينا ذلك عند بياننا لأنواع الدين قوياً وضعيفاً، ومن المعلوم أن دين الكفالة من الديون الصحيحة القوية، فإذا ثبت في الذمة ولو كانت ذمة الكفيل لم يسقط بمضى الزمن، وعلى ذلك يكون مقتضى هذين الرأيين السابقين عدم قبول الكفالة للتوقيت حتى لا يترتب على توقيتها سقوط الدين عن الكفيل بمضى الزمن الذي أقت به. ذلك ما نستظهره ولم أجد فيما اطلعت عليه من النصوص إلا النصوص الآتية:

(١) جاء في «كشاف القناع» للحنابلة: قال شخص: إذا قدم الحج فأنا كفيل بفلان شهرا صح، لأنها جمعت تعليقا وتوقيتا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع - وظاهر هذا التعليل صحة تعليق الكفالة وتوقيتها وإن جاء ذلك في مسألة تتعلق بكفالة النفس؛ لأن الكفالة التزام في الحالتين، وإذا جاز توقيتها في حالة جاز في الحالة الأخرى، ويؤيد هذا ما جاء في كتاب «الفروع» لابن مفلح الحنبلي صريحا وهو: «وفي صحة تعليق الضمان والكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان» والمراد بالضمان ضمان المال والكفالة كفالة النفس. وقد علق على ذلك صاحب كتاب «تصحيح الفروع» بقوله: «توقيت الضمان والكفالة هل يصح أم لا؟ أطلق صاحب «الفروع» الخلاف - والواقع أن حكم توقيتهما حكم تعليقهما بغير سبب الحق خلافا ومذهبا «وفيهما مطلقا خلاف المشايخ، لكن في الرعاية الكبرى في مسألة التوقيت: إنه يحتمل عدم الصحة وهو أقيس، وقد ذكر في تعليق الكفالة فإن الكفيل لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق فهل يصح أم لا؟ في ذلك خلاف في المذهب ذكره «الفائق والمغنى والشرح الكبير» قيل يصح وهو الصحيح، واختاره أبو الخطاب والشريف أبو جعفر وغيرهما؛ وجزم بهذا القول أصحاب مؤلفات عديدة منها «الوجيز والهداية والمحرم والمستوعب والخلاصة وغيرها»، وفي «الرعاية الكبرى» صرح بصحة تعليق الكفالة وتوقيتها وقيل لا يصح واختاره القاضي في «الجامع».

وعلى هذا فإذا قال شخص: أنا كفيل بهذا الدين مدة سنة فقط ففي صحة هذه الكفالة خلاف عند الحنابلة، منهم من ذهب إلى أنها صحيحة ويبرأ بمضي السنة وإن لم يحدث فيها وفاء، وهذا هو المختار عند الكثير، ومنهم من قال بعدم صحتها وذلك أقيس كما في «الرعاية الكبرى» ووجه القياس ما قدمناه من أن الشأن في الديون أنها لا تسقط بمضي الزمن - ولعل من ذهب إلى جواز ذلك ينيه على أن الكفالة من قبيل التبرع، والشأن فيه أنه غير ملزم وليس يضير الدائن أن يستوثق مدة من الزمن قد يستطيع فيها أن يحصل على حقه من الكفيل، فإذا مضى الزمن عاد إلى الحال التي كان عليها وكان رضا الدائن بذلك يعد إبراء منه للكفيل مضافا إلى مضي هذه المدة^(١).

(٢) وجاء في «البدائع» للحنفية: ولو كفّل بالمال وقال: على أنى إن وافيتك بفلان «المدين» فأنا برىء فوفاه به من الغد يبرأ من المال. وفي رواية لا يبرأ، ووجه هذه الرواية الأخيرة أن قوله إن وافيتك به غدا فأنا برىء تعليق للبراءة من المال بشرط الموافاة

(١) راجع كشاف القناع ج ١ ص ١٨١ والفروع وتصحيحه ج ٢ ص ٦١٨.

بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها معنى التملك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط - ووجه الرواية الأولى أن هذا ليس تعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والقول بعدم البراءة أشبه - وتعليل الرواية القاضية بالبراءة عند الموافاة صريح في أن الحنفية يجوزون توقيت الكفالة. وكل ما لاحظته صاحب «البدائع» هو أن هذا أهو توقيت للكفالة أم تعليق للبراءة وهي لا تقبل التعليق، ورجح أن ذلك يعد تعليقا للبراءة، غير أني لاحظ أن ذلك إن كان تعليقا للبراءة - وهي لا تقبل التعليق لما فيها من معنى التملك - فليست البراءة المعلقة هنا براءة من المال إلا على أحد قولين عند الحنفية وهو أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، أما على القول الأصح من أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فهي براءة من المطالبة بالدين وهي إسقاط محض لا يضره التعليق كالطلاق والعق، فإذا روعي هذا كان القول بصحة البراءة من الكفالة أقيس.

وفي «الهندية نقلا عن الظهيرية والمحيط» - لو قال: كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال: كفلت بنفسي فلان شهرا أو ثلاثة أيام لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب. ومن المشايخ من قال أن الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضى المدة، وإليه مال الشيخ عبد الواحد الشيباني. ومنهم من ذهب إلى أنه يكون كفيلا أبدا وبلغوا التوقيت مثله قول الزوج لزوجته: أنت طالق شهرا ونسب صاحب «البحر» هذا إلى الأصل لمحمد. أقول وما الفرق بين هذه وسابقتها وقد نص فيها على عدم الخلاف.

وفي ابن عابدين - لو قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر صار كفيلا في الحال أبدا أي في الشهر وبعده، ولكن لا يطالب إلا بعد الشهر ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة، وقيل لا يصير كفيلا في الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهرة عبارة الأصل لمحمد، وعلى كل من القولين لا يطالب في الحال وهو ظاهر الرواية كما في التارخانية وفي السراجية وهو الأصح. وفي الصغرى وبه يفتى كما في «البحر» - قلت: ومقابلة ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب في المدة فقط أما بعدها فيبرأ كما في الظاهرية وغيرها وفيها أيضا كما سبق نقلا عن الهندية - لو قال كفلت من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف. وقال ابن عابدين وينبغي عدم الفرق بين الصور الثالث في زماننا وهي:

١- كفلت إلى شهر دون ذكر بداية.

٢- وكفلت من هذه الساعة إلى شهر.

٣- وكفلت شهرا.

كما هو قول أبي يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعد هذه المدة. ومبنى الفاظ الكفالة على العادة وأن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق اللغة أم لا^(١).

(٣) وجاء في «المنتزع المختار» للزيدية: ويصبح توقيتها كأن يقول شخص لآخر ضمنت لك هذا الشخص في هذا الشهر فيبرأ بتسليمه إليه في ذلك الشهر، ومتى مضى الشهر بطلت الكفالة. وقد علق على هذا صاحب التعليقات بقوله هذا في كفيل الوجه، أما في كفيل المال فلا يبرأ إلا بتسليم المال، ومعنى ذلك أن الكفالة تصح ويلغو التوقيت. ثم قال وفي كتاب «الزهور» أنه لا فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال في صحة التوقيت ثم قال وهو ظاهر.

وفي «البحر الزخار» للزيدية - وتصح مؤقتة في الابتداء كبعد شهر وله الرجوع قبله ومؤقتة في الانتهاء كإلى شهر فتسقط بعده، ويصح تعجيل المؤجل كالقرض فإن امتنع من القبول أى من قبول الأداء بلا عذر - ولا حاكم - أشهد عليه وبرئ.

ومن هذا يرى أن الزيدية مختلفون أيضا في صحة توقيت الكفالة بالمال وإن أظهر الرأيين الصحة لاقتصار صاحب «البحر الزخار» على ذلك. وأرى أن هذا من قبيل الاستحسان كراى الحنابلة^(٢). وفي «نهاية المحتاج» للشافعية: والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل يزيد إلى شهر وأكون بعده بريئا - والثاني يجوز ذلك لأنه قد يكون له غرض في تسليمه هذه المدة وليس له غرض في تسليمه بعدها، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعاً، والظاهر أنها تصح ويلغو التوقيت.

ومقتضى هذا أن ضمان المال لا يصح توقيته ووجه ذلك ظاهر لما قدمنا، أما ضمان الوجه ففيه خلاف وأصح القولين عندهم عدم الصحة^(٣).

(١) ج٤ ص ٢٨٤ طبعة الحلبي.

(٢) راجع المنتزع ج٤ ص ٢٦٣، ص ٢٦٤ والبحر الزخار ج٥ ص ٧٤.

(٣) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤١.

هذا، وليس يصح توقيت الضمان عند الشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم في براءة المدين بسبب ضمان دينه إذ إن هذا يتنافى مع ما شرع له الضمان وما يترتب عليه من براءة ذمة المدين.

ومما تقدم يتبين أن القول بصحة توقيت الكفالة على رأى من يرى أن ذمة الكفيل تصير بالكفالة مشغولة بالدين المكفول به غير متسق مع رأيهم في الكفالة. أما على القول بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط فليس ما يمنع من أن تكون مطالبة الإنسان بالأداء محددة بوقت حتى إذا ما انتهى هذا الوقت انتهت تلك المطالبة، إذ إن لذلك مثيلاً في الشرع؛ فالولي وناظر الوقف كلاهما مطالب بأداء الدين الذي هو على المولى عليه وعلى الوقف ما دامت الصفة فإذا انتهت انتهت تلك المطالبة، وعلى ذلك يكون الرأى بصحة توقيتها غير متعارض مع القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، أما في التشريع القانوني فلا يعد التوقيت إلا شرطاً والشروط لازمة ما دامت غير محظورة قانوناً وعلى ذلك فتوقيتها قانوناً جائز ملزم وتنتهي بانتهاء وقتها.

إضافة الكفالة:

يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل كأن يقول الكفيل أنا ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من الشهر الآتي فلا يكون كفيلاً به إلا ابتداء من ذلك الوقت، أما قبل حلوله فلا يعد كفيلاً ولا يطالب به، وإذا توفى لم يؤخذ الدين من تركته. غير أن للفقهاء في ذلك تفصيلاً هذا بيانه^(١):

يرى المالكية، صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل فإن كان معلوماً فالأمر ظاهر ولا يطالب الكفيل إلا إذا حل ذلك الوقت، وإن كان مجهولاً جهالة غير فاحشة لم تفسد الكفالة، ولكن يضرب له القاضي أجلاً بقدر ما يرى، فإذا مضى الأجل الذي حدده صار مطالباً، ففي المدونة: ولا بأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إذا كانت الكفالة في دين قرض أو ثمن مبيع - وفيها: رأيت إن قال إن لم يوفِّك فلان حقك فهو على ولم يضرب لذلك أجلاً أيلزم الكفيل ذلك الحق؟ قال: أرى أن يتلوم له السلطان على قدر ما يرى فإذا لم يوف الحق في ذلك الوقت ألزمه بالمال إلا أن يكون الذي عليه المال حاضراً مليئاً، وهو الأصيل، وفيها: فلن قال إن لم يوفِّك

(٢) راجع الخطاب ج ١ ص ١٠١ والمدونة ج ١٣ ص ١٣١ وص ١٣٢ طبعة الساسي.

حقك حتى يموت فهو على^(١)، أيكون له أن يأخذ منه شيئا قبل موت فلان؟ قال: أرى أن ليس له ذلك إلا بعد موت فلان لأن هذا بمنزلة الأجل بضربه لنفسه.

فهذا كله يفيد أن المالكية يرون صحة الإضافة في الكفالة سواء أكانت إلى أجل معلوم أم مجهول جهالة غير فاحشة وعندئذ لا يترتب عليها أثرها إلا إذا حل الوقت الذي أضيفت إليه.

ويرى الحنفية أن الإضافة إذا كانت إلى أجل معلوم بأن كفل ابتداء من الشهر الآتي أو من السنة الآتية جازت الكفالة: ففى «الهندية» نقلا عن «التبيين»: ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم. والجهالة اليسيرة فيها محتملة وجميع الآجال في ذلك على السواء أى القريب والبعيد.

ولكن هذا الموضوع يحتاج إلى بيان يتضح به الفرق بين إضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به، وفيما يلي البيان:

الكفالة قد تكون بدين لما يوجد عند إنشائها وقد تكون بدين موجود عند إنشائها. فإذا كان الدين غير موجود عند إنشائها وتعلقت به بسبب إضافتها إليه كأن يقول الكفيل للدائن: كفلت لك ما ستقرضه لفلان من مال. أو بسبب تعليقها به كأن يقول: إن أقرضت فلانا مائة جنيه فأنا كفيل بها فإن الكفالة في هذه الأحوال تكون مرجأة إلى وقت تحقق سبب الدين أى وقت ثبوته وبذلك تعد مضافة إلى زمن مستقبل وهو الزمن الذي يتحقق فيه الدين ولا يترتب عليها أثر إلا من ذلك الوقت.

أما إذا كان الدين المكفول موجودا عند إنشائها فإنه قد يكون عندئذ حالا وقد يكون مؤجلا.

فإذا كان حالا وأضيفت كفالته إلى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان ابتداء من الشهر الآتى لم يكن للكفالة أثر إلا من وقت حلول الشهر وتأجل الدين بالنظر إلى الكفيل وحده؛ لالتزامه به ابتداء من الشهر الآتى نتيجة لإضافة

(١) فى هذه الصورة والتى قبلها يلاحظ أن الكفالة معلقة والتعليق فى معنى الإضافة إلى وقت تحقق الشرط المعلق عليه وهو مجهول، والتعليق فى ذاته ضرب من الإضافة فإذا صح العقد مع التعليق صح مع الإضافة.

الكفالة. أما بالنظر إلى المدين الأصلي - وقد كان الدين عليه حالا - فلا يتغير وصف الدين ويستمر عليه حالا إذ لا يلزم من تأجيل الدين على الكفيل بسبب كفالاته المضافة تأجيله على المدين الأصلي.

وقد تصدر الكفالة في هذه الحال غير مضافة ولكن قيدت بشرط تأجيل الدين المكفول إلى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان على أن يكون مؤجلا إلى شهر كذا، وعندئذ يلاحظ أن صفة التأجيل لم تتعلق بالكفالة نفسها فصدرت منجزة ولكنها تعلقت بالدين فكانت شرطا فيه ووصفا له باعتباره مكفولا وتعلقت به الكفالة على هذا الوضع وعلى هذا الشرط، ونتيجة ذلك أن الكفيل لا يطالب به إلا عند حلول الأجل المشترط في عقد الكفالة إذ إن التزامه به قد قام على ذلك - لا خلاف في ذلك، وهذا هو الحكم بالنسبة إلى الكفيل.

أما بالنسبة إلى المدين الأصلي - وقد كان الدين عليه حالا - ففي ظاهر الرواية أن يتأجل أيضا عليه فلا يطالب به إلا عند حلول الزمن الذي أجل إليه الدين في عقد الكفالة.

وروى ابن سماعة عن محمد أن التأجيل يكون قاصرا على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا كما هو على المدين الأصلي؛ لأن عقد الكفالة تم بين الكفيل والدائن على تأجيل الدين وذلك لا يكون إلا لمن شرطه، ولم يشترطه الكفيل للمدين الأصلي فيقتصر على الكفيل ويختص به؛ كما لو كفل الدين كفالة مطلقة ثم اتفق مع الدائن على تأجيل الدين فإن ذلك التأجيل يقتصر عليه بلا خلاف.

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة وقد جعل شرطا في ثبوت الكفالة، وذلك مما يجعل التأجيل صفة للدين الذي كفله الكفيل وليس هناك إلا دين واحد شغلت به ذمة كل من الكفيل والأصيل، وإذا كان واحدا وقد تأجل على الكفيل فإنه يتأجل على الأصيل وهذا بخلاف ما إذا كان التأجيل بعد حدوث الكفالة لأنه تأخير للمطالبة أو تنازل عنها في وقت معين بالنسبة إلى الكفيل فلا يتجاوزه إلى الأصيل.

ومما ينبغي ملاحظته أن وفاة الكفيل قبل الوقت حال إضافة الكفالة يترتب عليها سقوط الكفالة وبطلانها، ولكن وفاته في حال اشتراط تأجيل الدين وهي الصورة الثانية

لا يترتب عليها سقوطها ولكن يؤخذ الدين من تركته إن ترك مالا لحلوله على الكفيل بوفاته .

أما إذا كان الدين مؤجلا عند إنشائها فأضافها الكفيل إلى زمن مستقبل فإن كان بعد أجل الدين استمر الوضع بالنسبة إلى المدين الأصلي كما هو . ولم يكن لها وجود بالنسبة إلى الكفيل إلا من وقت حلول الزمن الذي أضيفت إليه ووجه ذلك ظاهر ، وإن كان حلوله قبل أجل الدين لم يتغير الحكم بالنسبة إلى المدين الأصلي ؛ إذ لا يلزم بسقوط أجل له فيه منفعة بدون إرادته ، وطولب الكفيل ابتداء من وقت حلول الزمن الذي أضيفت إليه الكفالة دون الأصلي وذلك هو الحكم في حال ما إذا كفل الكفيل الدين في هذه الحال على أن يكون حالا فإن الحلول يقتصر على الكفيل للسبب نفسه .

أما إذا كفل الكفيل الدين كفالة مطلقة كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان فإن مطالبة الكفيل تتأجل إلى وقت حلول الدين على الأصلي ؛ لأنها كفالة بدین مؤجل فيلزمه بوصفه وهو أجله الذي له قبل الكفالة كما يلزمه بوصفه من الحلول إذا ما كان حالا فكفله كفالة مطلقة وهذا ظاهر .

ومن البيان السابق يتضح الفرق بين الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل والكفالة المنجزة بالدين المؤجل ؛ إذ إن شغل الذمة في الأولى بالدين لا يكون إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه الكفالة ومن ثم تبطل إذا توفى الكفيل قبله ، أما في الثانية فيكون شغل ذمة الكفيل بمجرد إنشاء الكفالة ومن ثم لا تبطل بالموت ، وجاز الرجوع على التركة حينئذ بالدين بخلاف الحال الأولى فإنه لا يجوز الرجوع على التركة بشيء من الدين المكفول .

وجملة القول أن المشهور في المذهب والذي عليه الفتوى هو ما نقل في «الهندية» عن «التيين» من جواز إضافة الكفالة إلى الزمن المستقبل وأن الجهالة اليسيرة فيه محتملة وأن جميع الأجال في ذلك على السواء كما سيأتي :

وروى عن أبي يوسف أن الكفالة لا تقبل الإضافة وأن من قال : أنا كفيل بهذا الدين إلى ثلاثة أيام^(١) كان كفيلا في الحال ويبطل التأجيل ؛ كالحكم إذا قال رجل

(١) والظاهر أنه لم ير في هذا توقيتا بل إضافة ولعل ذلك كان عرفا لهم في هذا الأسلوب ، وذلك بدليل قوله أنه يكون كفيلا في الحال وتلغوا الإضافة وذلك ما يتسق مع الإضافة لا مع التوقيت . ويتحقق التناسق والتشابه مع الفرع الذي اتخذ أصلا يقاس عليه عدم صحة توقيت الطلاق أو تأجيله .

لزوجته: أنت طالق بعد ثلاثة أيام فإنها تطلق عنده في الحال ويلغو التأجيل وعلى هذا يطالب في الحال.

وذهب الفقيه أبو جعفر إلى أن الكفيل في مثل هذه الصورة يكون كفيلا في الحال ولكن لا يطالب بالدين إلا بعد ثلاثة أيام لأن ذكر الأيام الثلاثة إنما يراد به تأخير المطالبة لا تأخير الكفالة وإضافتها، بدليل أنه لو دفع الدين إلى الدائن قبل أن يمضي الوقت المعين أجبر الدائن على قبوله، وذلك دليل على شغل ذمته كما يجبر على قبوله من المدين إذا أداه قبل أجله، ولو لم تكن ذمته مشغولة به لكان أجنبيا بالنسبة إلى أدائه في هذا الوقت ولم يجبر الدائن على قبول الدين منه؛ لأن الدائن لا يجبر على قبول أداء دينه من أجنبى تبرع بأدائه وعلى ذلك تكون هذه الصورة من باب تأجيل الدين لا من باب إضافة الكفالة.

وإذا كانت الفتوى على أن الكفالة تقيل الإضافة فقد بنى على ذلك ما جاء في المحيط للسرخسي من أن إضافة الكفالة بالمال إلى وقت معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة كإضافتها إلى الحصاد أو الدراس أو إلى المهرجان أو إلى النيروز تجوز إلى الأجل الذي سمى؛ لأن هذا الأجل وإن كان فيه نوع جهالة إلا أنها جهالة مستدركة متقاربة لا يترتب عليها نزاع فلا تمنع صحة الكفالة لأنها مبنية على التوسع. ألا ترى أن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها مع أنه المقصود منها وهو المعقود عليه، فجهالة ما ليس بمعقود عليه وهو الأجل لا تمنع صحتها من طريق أولى. وكذلك إذا أضيفت إلى العطاء أو الرزق فإنها جائزة إلى ذلك الأجل، ولو أضيفت إلى وقت قدوم فلان صحت أيضا إذا كان فلان هذا هو المكفول عنه لأن قدومه من سفره ميسر لاقتضاء الدين منه ولا يصح التأجيل إذا لم يكن مكفولا عنه وتكون منجزة.

أما إذا أضافها إلى نزول المطر فإن التأجيل لا يصح إذ ليس ذلك من الآجال المتعارفة فقد ينزل المطر عقب عبارته وقد يتأخر نزوله إلى وقت بعيد فكانت جهالة متفاحشة، وإذا بطل الأجل لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه صحت الكفالة^(١) وكانت منجزة.

والى هذا ذهب الزيدية، فليس بين المذهبين فرق.

(١) العناية ج ٥ ص ٤٠٦ طبعة شلى ج ٥ ص ٤٠٥ فتح القدير ج ٥ ص ٤٠٦.

ويرى الحنابلة صحة إضافتها إلى وقت معلوم كأول الشهر وطلوع الشمس. أما إذا أضيفت إلى وقت فيه جهالة متعارف قبولها والتجاوز عنها كوقت الحصاد والدراس والجذاذ والعطاء ففي ذلك قولان:

أولهما: يقضى بصحتها؛ لأنها تبرع من غير عوض جعل له أجل فلا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة.

وثانيهما: عدم الصحة. أما إذا كانت الجهالة فاحشة غير متعارفة فإن الكفالة تكون باطلة خلافا للحنفية إذ ذهبوا إلى صحتها وسقوط الأجل. وقد أشرنا إلى ذلك نقلا عن «الهندية».

ويرى الشافعية عدم صحة إضافتها كما لا يرون صحتها مع توقيتها أو مع تعليقها ولكن لو نجزها وشرط تأجيل المكفول به شهرا ونحوه جاز، لأنها كفالة منجزة حينئذ وقد التزم في ذمته المكفول به مؤجلا وهو ما يصح تأجيله فتأجلت المطالبة بتأجيله لا بإضافتها. قال صاحب «نهاية المحتاج» - ومن عبر من الشافعية بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وهي تأجيل الدين المكفول به. والتأجيل في هذه الصورة إلى الحصاد والعطاء ونحوها غير مقبول.

وذهب الشيعة - إلى ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة المضافة والمعلقة ولا يكون الضمان عندهم إلا منجزاً^(١).

تعليقها:

يرى الحنفية صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ما كان لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى ويعتبر الشرط ملائما إذا كان شرطا لوجوب الحق كقول الشخص إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن أو شرطا لإمكان الاستيفاء كقوله: إذا قدم زيد «المكفول عنه» أو لتعذر الاستيفاء كقوله: إذا غاب فلان «المدين» فيصح التعليق في هذه الأحوال.

(١) راجع المتترع ج٤ ص ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٢٤ ونحرير الأحكام ج١ ص ٢٢١ والمفتى ج٥ ص ١٠٠ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤٩ والمبسوط للسرخسي ج٩ ص ١٧٢ وما بعدها والهندية ج٣ ص ٢٧٨ وبدائع الصنائع ج٦ ص ٣ والبحر ج٦ ص ٢٢٧ والخطاب ج٥ ص ١٠١.

أما إذا لم يكن ملائماً كقوله إن هبت الريح أو إن نزل المطر أو إن دخلت الدار فأننا كفيل فلا تصح الكفالة^(١) . . ذلك لأن تعليقها بشرط غير ملائم لها لا يظهر فيه غرض صحيح فكان ذلك ضرباً من اللهو والهزل ولا تصح العقود مع ذلك. وإنما صحت مع جعل ما لا يلائم شرطاً مقترناً بها أو وقتاً مضافة إليه لأن الشرط المقترن والوقت كلاهما أمر عارض للعقد لا تتوقف عليه سببته، ولا مانع منها فلا يكون لاقتران العقد بهما أثر في إبطاله إذ لا يلزم من بطلان العارض إذا ما كان العارض معدوداً من العيوب بطلان ما عرض له، وهذا بخلاف الشرط المعلق عليه إذا كان معيياً بسبب عدم ملاءمته فإن ذلك يعيب العقد لتوقف سببية العقد عليه فيبطل العقد، وما جاء في «الكثر» من أن الكفالة تصح إذا ما علقت على شرط غير ملائم، ويلغو التعليق مثل إن هبت الريح فأننا كفيل بهذا المال غير ما في الكتب المعتمدة؛ فلعل ذلك رواية أخرى أو سهو من صاحب «الكثر» كما جاء ذلك في «التبيين» للزيلعي مستنداً إلى ما في «الفتاوى الخانية» وقد بحث هذه المسألة صاحب «أنفع الرسائل» ونقل أكثر ما جاء في الكتب المعتمدة وهي تؤيد ما ذهبنا إليه أولاً، وإنما جاز تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره لأن للكفالة شبهين: شبهاً بالتملك من ناحية ما يترتب عليها من تملك الطالب حق مطالبة الكفيل وهذه ناحية فيها تقتضى عدم صحة تعليقها مطلقاً لا فرق بين شرط ملائم وآخر غير ملائم . . وشبهاً بالنذر من ناحية أنها التزام؛ وذلك ما يقتضى صحة تعليقها بأي شرط. فعملاً بالشبهين وضعت موضعاً وسطاً، فالنظر الأول لم يجز تعليقها بغير الملائم وبالنظر الثاني صح تعليقها بالشرط الملائم. هكذا ذكر الحنفية. والذي يظهر لى أن المسألة مسألة عرف، وقد تعارف الناس تعليقها بالشروط الملائمة لتحقيق الصلة بينها وبين الشرط، ولم يتعارف تعليقها بغير الملائم لفقدان الصلة بينها وبين الشرط وعدوا ذلك لغوا من القول^(٢). وما يتفرع على ذلك أنه لو قال شخص لآخر عامل فلاناً وأنا كفيل بكل ما سيكون لك في ذمته من ذلك صحت هذه الكفالة لأنها معلقة في المعنى على ثبوت الدين ولزم الكفيل كل ما يثبت في الذمة بالغاً ما بلغ لمكان الإطلاق والعموم. وخالف المالكية فقالوا: إن ذلك مقيد عرفاً فلا يلزمه إلا القدر المتعارف المتعامل به.

(١) الهندية ج ٣ ص ٢٧١ والفتح ج ٥ ص ٤٠٦.

(٢) الهداية والفتح ج ٥ ص ٤٠٤.

ويرى الزيدية صحة تعليقها بالشرط ولم يشترطوا ملازمة الشرط لها فتصح إذا علقت ويلتزم الكفيل بالمال إذا ما تحقق الشرط^(١).

أما الحنابلة ففريقان: فريق يرى عدم صحة تعليقها وبطلانها مع التعليق وهو ما اختاره القاضي وهو مذهب الشافعي، ونسبه ابن قدامة لمحمد بن الحسن من الحنفية؛ لأن في التعليق خطراً فلم يجوز تعليق الضمان عليه؛ ذلك لأن الكفالة تثبت حقاً لأدنى معين فلم يجوز تعليق ثبوته على شرط، كما لا يجوز توقيفها عند هؤلاء قياساً على الهبة والتمليكات.

وفريق يرى صحة تعليقها مطلقاً وإليه مال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب. وفي نهاية المحتاج - والأصح أنه لا يجوز تعليق الضمان والكفالة، وقيل يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق لأنها مجرد التزام.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بطلانها مع التعليق أو الإضافة ولا تصح إلا منجزة عندهم^(٢).

أما المالكية فيوجد فيما ذكروه من فروعهم فروع عديدة تدل على صحة تعليق الكفالة على الشروط الملزمة، ولم أعثر لهم على فرع علقت فيه على شرط غير ملائم. والظاهر من هذا صحة تعليقها عندهم على الشرط الملئم وعدم صحتها عند تعليقها على غير الملئم.

اقتران الكفالة بالشروط:

نريد بالشرط التزام المتصرف فيتصرفه بأمر زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف - شرط أم لم يشرط - أم لم يكن من مقتضاه. وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد.

وليس بين الفقهاء خلاف في أن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه ويجب الوفاء به إذا التزم ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة، ومنها ما هو محظور لا يجوز التزامه ولا يجوز الوفاء به إذا ما تم الاتفاق عليه، ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة أو الباطلة، وإنما يختلفون فيما يعد من هذه الشروط شرطاً

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٧٤ والمتنزع ج ٤ ص ٢٦٣.

(٢) تحرير الأحكام ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها.

صحيحاً مباحاً يجب الوفاء به إذا ما اشترط، وما يعد منها شرطاً فاسداً أو باطلاً محظوراً اشتراطه، لا يجوز الوفاء به إذا ما اشترط، كما يختلفون فيما يترتب على اشتراط هذا النوع الأخير من الشروط في عقد من أثر فيه أيفسد العقد لفساد الشرط فيه أم يصح العقد ويلغو الشرط فقط لفساده.

ولاختلافهم هذا اختلفوا في وضع الضوابط والحدود التي تتميز بها الشروط الصحيحة من الشروط غير الصحيحة؛ ذلك لأنها ضوابط وحدود مستنبطة من حلول مختلفة متعددة أثرت عن الصحابة والتابعين وعن الأئمة المجتهدين لا يجمعها ضابط واحد ولا تحدها حدود مستقرة ثابتة بسبب اختلافهم فيها اختلافاً كبيراً فتعددت بسبب ذلك المذاهب في الاشتراط، واختلفت توسعة على الناس وتضييقاً عليهم فكان أضيقتها دائرة مذهب أهل الظاهر وأوسعها دائرة مذهب فريق من الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وفيما بين ذلك مذاهب متعددة مختلفة ضيقاً وسعة.

فأهل الظاهر يذهبون إلى أنه لا يصح لعاقده شرط إلا إذا ورد به شرع وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة شرط باطل يبطل به العقد الذي اشترط فيه؛ لأن الرضا الذي يقوم عليه هذا العقد قد قرن بذلك الشرط وأسس عليه فإن بطل الشرط فلم يوف به زال الرضا المؤسس عليه العقد، وإذا زال الرضا بطل العقد لقيامه عليه، وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم مع ذلك التضييق لم يصححوا شروطاً وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو على أن الأثر الوارد بها غير ثابت.

ولا ريب في أن هذا الرأي لا يصلح عليه أمر الناس، فإن العقود إنما حدثت فشرعت سداً لحاجات الناس وتوفيراً لمصالحهم، وما كان الاشتراط فيها إلا نتيجة لقصورها في بعض الحالات عن سد هذه الحاجات فأضيفت إليها من الشروط ما بقي بالفرض منها، وذلك ما يستوجب أن يكون الاشتراط في العقد سائغاً جائزاً إلا إذا ترتب عليه ضرر فنهى عنه الشارع لذلك.

وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ومن ذهب مذهبهم يذهبون إلى أن الشروط الصحيحة هي التي لم يرد عن الشارع نهى عنها ولا تتعارض مع ما شرعه الله سواء أقام الدليل على اعتبارها أم لم يقم، وسواء أوافقت مقتضى العقد أم لم توافقه، لامت حكمه أم لم تلائم.

وبناء على ذلك فالأصل في الشروط عامة الصحة، ولا يحرم منها إلا ما نهى عنه أو خالف ما شرعه الله.

وقد ذهب هذا المذهب فريق من الشيعة الجعفرية وهو المختار عند الطباطبائي، فقد جاء في كتابه «مفاتيح الأصول» إذا شرط شرط في عقد ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالنصوص، فهل الأصل الصحة أم الفساد؟ فيه إشكال ولكن يحتمل احتمالا قويا الأول لعموم قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

وبين هذين الرأيين مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، ومذهب الشافعية ومذهب جمهور الحنابلة، ومذهب الزيدية، ومذهب فريق من الشيعة الجعفرية وليس أهل كل مذهب من هذه المذاهب على وفاق بينهم في ذلك بل يختلفون أيضا فيما بينهم، فبينما ترى بعضهم يعد شرطاً من الشروط شرطاً صحيحاً ترى بعضهم الآخر يعده غير صحيح، وبينما ترى بعضهم يجعل العقد لشرط معين شرط فيه عقداً فاسداً أو باطلاً ترى بعضهم يجعله مع هذا الشرط عقداً صحيحاً ويلغى الشرط وحده.

ودراسة هذه الآراء ووزنها ومقارنتها بعضها ببعض تتطلب دراسة خاصة لسنا الآن بصددنا وإنما عرضنا لها استطراداً كمقدمة لدراسة أحكام الكفالة عند اقترانها بالشروط، ويكفي لدراسة هذه الأحكام أن تقتصر على أشهر الآراء في كل مذهب من هذه المذاهب مع بيانها في إجمال.

مذهب الحنفية:

الشروط التي تشترط في العقود ثلاثة أنواع عند الحنفية شروط صحيحة وشروط فاسدة وشروط باطلة. فالصحيح عندهم ما كان مقتضى للعقد أو ملائماً له أو جاء بجوازه شرعاً أو جرى به العرف. وفسر بعضهم الملائم للعقد بالمقر لمقتضاه أو المؤكد لمقتضاه، وفسره صاحب «السراج الوهاج» بأنه ما كان راجعاً إلى بيان صفة مطلوبة في الثمن أو في البيع أي في موضوع العقد. والتفسير الأخير أشمل وأوضح. وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع:

١- ما يقتضيه العقد، واشتراط هذا النوع كعدم اشتراطه، لأن مقتضاه لازم بالعقد شرط أو لم يشرط.

٢- والملائم للعقد.

٣- والجائز بدليل شرعى .

٤- وما جرى به العرف .

والفاسد عندهم ما عدا ذلك إذا كان فيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء كان أحد العاقلين أو إنسانا غيرهما، والباطل ما عدا الصحيح إذا لم يكن فيه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق .

وقد ذكر الحنفية أن الشرط الصحيح إذا ما اشترط فى أى عقد وجب الوفاء به؛ لأنه مما تم التعاقد عليه فكان جزءا من العقد يلزم بلزوم العقد. وأن الشرط الفاسد إذا ما اشترط فى العقد فسد به العقد إذا كان عقد معارضة كالبيع والإجارة والصلح على مال والمزارعة والمعاملة، وألحقوا بذلك إجازة هذه العقود والإبراء من الدين، والإقرار، وأضاف بعضهم إلى ذلك الرجعة، أما إذا كان فى عقد تبرع أو عقد توثيق فإنه يلغو ويصح العقد كالقرض والهبة والصدقة والرصاية والرهن والكفالة والحوالة، وألحقوا بذلك النكاح والطلاق والخلع والشركة والوكالة .

وأن الشرط الباطل إذا ما شرط فى عقد لغا، وصح العقد أى عقد كان، وعلى ذلك فالنتيجة أن الكفالة والحوالة لا تبطل بالشروط، ويجب الوفاء بالشرط الصحيح إذا شرط فيها ويلغو الشرط إذا كان فاسدا أو باطلا مع صحتهما^(١) .

تطبيقات:

إذا كفل شخص لإنسان مالا له قبل فلان مشترطا عليه فى كفالته هذا المال أن يعطيه المدين رهنا به معيناً، وقبل ذلك المكفول له صحت الكفالة ولزم الشرط لأنه صحيح لا ينافى مقتضاها، فإذا أبى المدين إعطاء الرهن كان الكفيل مخيراً بين أن يرضى فى الكفالة وأن يفسخها .

وفى رأى أن هذا اشتراط فى معنى التعليق؛ إذ الشرط يجب أن يكون التزاماً من أحد طرفى العقد لطرفه الآخر المشترط له، وذلك يقتضى أن يكون تنفيذه فى مكتته وتنفيذ هذا الشرط ليس فى مكتة المكفول له إذ ليس له سلطان على المدين، وإذن يكون معنى ذلك أنه كفل له دينه إن أعطى به المدين رهناً. فإن أعطى به رهناً تحققت الكفالة

(١) الهداية والفتح ج ٥ ص ٢١٤ - ٢١٩، وابن عابدين ج ٤ ص ١٣٤ - ١٣٨ .

والألا لا. وعند ذلك لابد من كفالة جديدة. وإذن فمعنى مضي الكفيل في الكفالة إذا لم يتحقق الشرط تجديدها.

وإذا كفل شخص دين إنسان على أن يوفيه إياه من وديعة للمدين عنده وقبل كل من المكفول له والمدين ذلك فالكفالة صحيحة، ويجبر الكفيل الوديع على إيفاء الدين من الوديعة فإن هلك فلا ضمان على الكفيل وتنتهي الكفالة، وإذا رد الوديعة إلى صاحبها أو أخذها منه صاحبها عن رضى ضمنها. والدين على الضامن بمقتضى كفالته لقيام ضمان الوديعة مقامها، وإذا ضمن دينا على ألا يؤديه في حياته فذلك جائز ويؤخذ من تركته بعد وفاته؛ لأن ذلك في معنى إضافة الكفالة إلى ما بعد الموت وإضافتها جائزة^(١).

وهذه هي الكفالة المقيدة بالعين وقد تقيدت بعين مملوكة للمدين في هذه المسألة، ويلاحظ أن مقتضى الحكم في الصورة الأولى التي قيدت فيها الكفالة بالوديعة أن الدين لا يؤخذ من مال الكفيل وإنما يؤخذ من الوديعة أو من ضمانها فقط حتى إذا هلك لا إلى بدل بطلت الكفالة، وإذن كيف يتم شغل ذمة الكفيل بالدين أو بأدائه إذا لم يلزم الكفيل في ماله وخاصة عند هلاك الوديعة، وهل يكفي في تحقق الكفالة في هذه الصورة وثبوت ضمان الكفيل بناء عليه أن تشغل ذمة الكفيل بأداء الدين من مال المدين؟ - الواقع أن هذه كفالة مقيدة بعين للمدين كالحالة المقيدة بمال للمدين، وقد ذكرها قاضيان في شرحه على الزيادات لمحمد^(٢).

(١) الهندية ج ٣ ص ٢٧٢ وص ٢٧٣.

(٢) وإذا كانت الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو في المطالبة وبها تشغل الذمة فقد تقيد بعين للمدين في يد الكفيل، وعلى هذا يجبر الكفيل على الوفاء منها لا من ماله، وهذه يشترط فيها رضا المدين بذلك، ورضاه بذلك جعل له الحق في أن يتصرف في الوديعة بالبيع في سبيل الوفاء منها، ويكون تصرفه بناء على قيامه مقام المدين نيابة عنه نشأت عن رضا المدين بهذه الكفالة ويمتنع حيثنذ على المدين طلبها من الكفيل كما يمتنع على الكفيل أن يسلمها للمدين. وإذا هلك فلا تعد فلا ضمان على الكفيل وتنتهي الكفالة بهلاكها، وإذا تعدى عليها الكفيل فضمنها قام ضمانها مقامها ولا تنتهي الكفالة - وإذا سلمها الكفيل للمدين كان متعددا وكان ضامنا لقيمتها وبقيت الكفالة متعلقة بضمانها، وإذا وفى الدين في هذه الحال كان له حق الرجوع على المدين لقيامه بوفاء دين عليه يأمره فلم يكن متبرعا ومحل النظر في هذه المسألة أن الكفيل هنا هل يعتبر كفيلا أم يعتبر عدلا رضي الدائن والمدين وقد رهن الوديعة عنه ووكل بالوفاء منها؟.

وإذا اعتبر عدلا وجب عند هلاك الوديعة بلا تعد هلاكها على الدائن بالآقل من قيمتها ومن الدين، وذلك ما لم يشر إليه في هذه المسألة كما يرى أن قولهم بأن المال على الكفيل بمقتضى كفالته عند تعديه =

ومن فقهاء الحنفية من ذهب إلى بطلان الكفالة إذا اقترنت بالشرط الفاسد، ومن ذلك ما نقله الكمال بن الهمام عن الخلاصة - إذا كفّل شخص ديناً لآخر على أن يجعل له الدائن جعلاً على كفّالته فالكفالة باطلة^(١)، ومن ذلك أيضاً ما جاء في «الهندية» وعن أبي يوسف: إذا كفّل إنسان دين آخر على أن يعطيه هذا الدين من ثمن هذا المنزل وليس المنزل له فالضمان باطل - وكذلك إذا ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له، فالضمان باطل^(٢). وجاء فيها أيضاً - إذا ضمن ديناً على ألا يؤديه فالضمان باطل.

= على الوديعة بتسليمها إلى المدين يتفى اعتباره عدلاً؛ إذ لو كان عدلاً في هذه الحال لكان الحكم أنه ضامن للوديعة وحل الضمان محل الوديعة في الرهنية وتعلق الدين بالضمان ولا يقال إن الدين على الكفيل بمقتضى كفّالته.

وإذا اعتبر كفّلاً أي مديناً بمقتضى كفّالته فكيف لا يلزم في ماله في هذه الحالة وإنما يلزم في مال غيره، حتى إذا هلك بالمجان برئت ذمته ولا يؤخذ الدين من ماله - والإنسان لا يكون مديناً في مال غيره، وقد يقال أنها كفّالته مقيدة بالوفاء من الوديعة أي مؤقتة بوجودها تحت ولايته أو بوجود ضمانها، ومشروطة بالوفاء منها لا من ماله ونظير هذا الحوالة المقيدة بمال للمدين عند المحال عليه فإن الحوالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، ومع ذلك تنقيد بما أدى المحال عليه للمحيل المدين من مال إذا قيدت به ولا يوفى الدين إلا منه، وإذا هلك المال لا إلى بدل انتقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل الذي كان مديناً - ولا شك أن هذا نظير ذلك فالمحال عليه في هذه المسألة مدين ولا يوفى الدين من ماله، وفي هذه الحوالة يقول قاضيخان في شرحه على الزيادات أنها نوع من الكفالة المقيدة بما للأصيل لدى الكفيل من مال، وفيها لا يوفى الدين إلا من هذا المال. وعلى ذلك فالمسألة المذكورة هي نوع من الكفالة التي تنقيد بما يكون للأصيل لدى الكفيل من مال كالحوالة المقيدة عند الحنفية - وهذه غير الكفالة المقيدة عند الشافعية وهي الكفالة المقيدة بعين مملوكة للكفيل، ولا يكون الكفيل مطالباً إلا في هذه العين. وفي هذه الحال يجب تسليم العين إلى الدائن لتكون تحت يده توثيقاً لحقه فيكون حكمها حكم الرهن وليست رهناً. أما ما ذهب إليه القانون في هذا النوع من الكفالة فهو أن يقوم الكفيل بتقديم العين التي يقيد بها كفّالته رهناً إلى الدائن إما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ولا تتم الكفالة العينية إلا بذلك قانوناً.

وأما الضمان المقيد بالعين عند الشافعية فالظاهر أنه يكون برهناً لدى الدائن من قبل مالكها - وتباع العين في الدين ولا يصير به مالك العين مديناً حتى لو توفي لا يحل الدين بوفاته ولو تلف المهرن لم يلزمه أداء الدين (جدة ص ٢٤٠ نهاية) - وجاء فيها: لو قال شخص للمدين ضمنت ما لقلان عليك في رقة عندي من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن - ومقتضى هذا أنه لا يشترط في الكفالة العينية رهن العين، وعلى هذا فليُنظر ما ذهب إليه الشافعية في الكفالة أو الضمان العينية أوجب فيه رهن العين لدى الدائن كالوضع في العارية التي استعيرت لترهن أم لا يجب فيه ذلك؛ بل يصير مالك العين مطالباً بالدين في العين وتكون مضمونة عليه إذا هلكت بتعد أو بتقصير من قبله.

(١) الفتح ج ٤ ص ٤٠٦.

(٢) الهندية ج ٣ ص ٢٧٣.

ومقتضى ما قدمناه من أن الكفالة لا تبطل بالشروط أن تصح الكفالة في هذه المسائل ويلغو الشرط. والمختار عند الحنفية الرأي الأول. وفي الاختيار - وشرط الخيار في عقد الكفالة جائز وهي أقبل للخيار من البيع حتى جاز فيها اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لأنه لما صح تعليقها بالشرط فلأن تصح بشرط الخيار أولى. وعلى ذلك لا تفسد باشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام وله الخيار في المدة^(١).

مذهب الزيدية:

الظاهر من عبارة «المتزع» أن الزيدية يصحون الكفالة المقترنة بالشروط مطلقا، فإن كان شرطا صحيحا لزم، وإن كان غير صحيح صحت ولغا الشرط. ففي «المتزع» - وتصح الكفالة مشروطة ولو بمجهول غير أنه إذا كان الشرط أجلا مجهولا لم يصح التأجيل بل يلغو وتثبت الكفالة في الحال إلا أن يتعلق به غرض كالدباس ونحوه فإنها تنقيد بذلك تبعا للعرف. أما إذا لم يتعلق به غرض كهبوب الرياح ونزول الأمطار فإنه لا يصح وتصح الكفالة.

ومن هذا يرى أن مذهب الزيدية كمذهب الحنفية على المختار عندهم من عدم تأثير الشرط الفاسد في الكفالة.

مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن ما يشترط في العقود قد يكون شرطا يقتضيه العقد ويستوجه شرط أم لم يشترط، وهذا اشتراطه كعدم اشتراطه. وقد لا يكون كذلك وهذا الأخير نوعان: أحدهما ما لا ينافي العقد ولا يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحته، وثانيهما ما نافي مقتضى العقد أو أدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. والنوع الأول من هذين النوعين هو الشرط الصحيح عندهم؛ وهو من أنواع الصحيح أيضا عند الحنفية والنوع الثاني هو الشرط الفاسد. والأول اشتراطه صحيح والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن وإلا فسخ العقد بطلب ممن له المصلحة في فسخه لأن فيه مصلحة مشترطة غير محظورة تم العقد عليها فإذا فاتت وجب فسخ العقد لزوال الرضا به وذلك كأن يشترط الكفيل على الدائن عدم تنازله عما رهنه المدين عنده أو يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالمدين غاب المدين أو حضر وليس يختلف هذا عن رأي الحنفية فهما شرطان صحيحان عندهم.

والثاني شرط فاسد فإن كان اشتراطه مؤديا إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كان العقد باطلا ولم يكن للعاقدين خيار في إمضائه؛ لأنه شرط أريد به حل ما حرمه الله كأن يشترط في البيع أن يدفع ثمن المبيع من غلاته في مدة معلومة محددة، وكاشتراط المرتهن على الراهن أن ينتفع بالرهن ما دام تحت يده، وكأن يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين وإن لم يثبت على المدين، أما إذا لم يؤيد إلى ذلك، وإنما كان منافيا لما يقتضيه العقد كأن يتسبب عنه منع أحد العاقدين مما يملكه بالعقد المشترط فيه مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أبدا أو إذا أراد بيعه باعه بنفس ما اشتراه به لا أكثر من ذلك، وأن يشترط الكفيل على الدائن ألا ينفذ عليه في أمواله فإن اشتراطه يوجب فساد العقد المشترط فيه ما تمسك به مشترطه، فإن تنازل عنه وتركه صح العقد ونفذ، ومن ذلك يرى أن حكم العقد مع اشتراط شرط فاسد فيه غير حكمه عند الحنفية.

وفي هذا الموضوع تفصيل طويل وبيان مسهب ذكره الخطاب في كتابه «الالتزامات» فارجع إليه إن شئت لأننا ما أردنا إلا بيانا إجماليا نؤسس عليه أحكام اقتران الكفالة بالشرط.

وجملة القول أن المالكية يرون أن اقتران الكفالة بشرط يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحتها مبطل لها وأن اقترانها بشرط يتنافى مع ما يقتضيه عقدها مبطل لها ما تمسك صاحبه به، وعلى ذلك قالوا: إذا كفل دينه نظير عوض مالي مقدر فالكفالة باطلة كما تقدم لأنه شرط يتنافى مقتضاها، وهي أنها تبرع وعمل خير لا يصح الاعتياض عنه، وكذلك قالوا إذا كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول له بدينه قبل شخص آخر بطلت الكفالة لما في هذا الشرط من معنى المعاوضة الذي يتنافى مع مقتضاها، والكفالة في هذه الحال باطلة إذا تمسك الكفيل بهذا الشرط. أما إذا تنازل عنه وتركه فإن كفل له بما يدعيه من دين قبل فلان وإن لم يكن ثابتا فإنها تبطل لاقترانها بشرط يخل بشرط من شروط صحتها وهو ثبوت الدين المكفول به ولا تصح بالتنازل عن هذا الشرط كما تقدم.

مذهب الشافعية:

ويرى الشافعية أن الشروط التي تشترط في العقود قسمان - شروط صحيحة وشروط غير صحيحة؛ ذلك لأن ما يشترط في العقود إما أن يكون في اشتراطه غرض في العادة والعرف وإما ألا يكون في اشتراطه غرض، فإن لم يكن في اشتراطه غرض

في العادة والعرف كان شرطا لاغيا وكان اشتراطه لعبا ولهوا، وعندئذ لا يلزم ولا يؤثر في العقد وكأنه لم يشترط؛ وهذا محل اتفاق عند الجمهور منهم، وليس يظن أن يكون هذا محل خلاف بين الجمهور من غيرهم. وإن كان في اشتراطه غرض عادة وعرفا، فإن كان من مصلحة العقد اشتراطه صح ولزم، وهذا هو الشرط الصحيح عندهم وهو شرط لازم سواء أترتب عليه منفعة لأحد العاقدين أم منفعة لهم جميعا، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان وصف أحد العوضين في عقود المعاوضة وما يذكر لبيان ما أعطى للمتبرع له في عقود التبرع. وإن لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه كان شرطا فاسدا مفسدا للعقد. ويدخل في ذلك ما نهى عنه الشارع من الشروط، فإن النهى عنها يدل على أن لا مصلحة للعقد في اشتراطها؛ بل في اشتراطها المضرة.

غير أن الشافعية لم يعنوا ببيان مرادهم من «مصلحة العقد» في حين أنها كلمة مرنة لا تخلو من إبهام يحول دون تحديد المعنى المراد. وقد ذهب في بيانها الشافعية مذاهب شتى لا ينضبط معها نظام ما يصح اشتراطه ويعد شرطا صحيحا، وما لا يصح اشتراطه وبعد شرطا فاسدا. كما ذهب الشيخ زكريا الأنصاري في بيان ذلك مذهباً أراه لا يغني، فقد رأى أن الشرط إذا كان يؤدي إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه ويعد شرطا فاسدا يفسد العقد باشتراطه فيه. أما إذا لم يؤدي إلى ذلك كان من مصلحة العقد اشتراطه وكان شرطا صحيحا، ولعله يريد بالصلة التي يفسد بها العقد الصلة التي لا تكون محددة تحديدا يمنع الخلاف والتزاع. أما المحددة على وضع يحول دون حدوث أي خلاف أو نزاع فلا يترتب عليها فساد الشرط المستوجب لها وذلك كاشتراط التأجيل في البذل إلى أجل مسمى معين^(١) وليس يتيسر مع هذا الإبهام الموازنة الدقيقة بين مذهبهم ومذهب غيرهم.

وعلى ذلك فالشافعية يرون أن اقتران الكفالة بالشرط الصحيح جائز وعندئذ تصح الكفالة ويلزم الشرط، كما إذا كفّل شخص لآخر دينه قبل مدينه فلان على ألا يطالب بهذا الدين قبل شهر من الآن، أو على ألا يطالب بذلك الدين إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به.

واقترانها بالشرط الفاسد يبطلها وعلى ذلك لو كفّل شخص لفلان دينه قبل فلان على أن يكون فلان هذا بريئا من هذا الدين المكفول به أو على أن يكون فلان الكفيل

(١) راجع أمسي الطالب شرح روض الطالب ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٢ و ص ٤٣١.

بهذا الدين بريثا منه أو على ألا يطالب به الأصيل فالكفالة باطلة لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها. وكذلك لو قال شخص لآخر: كفلت لك دينك قبل فلان وكل دين تدعيه قبله وإن لم يكن ثابتا، فالكفالة الثانية باطلة لاقترانها بشرط يخالف شرطا من شروطها وهو أن تكون الكفالة بدين ثابت، وكذلك لو كفل بدينه قبل فلان على أن يعطى عوضا عن هذه الكفالة لم تصح كذلك لاقترانها بشرط فاسد، وهكذا كل كفالة اقترنت بشرط فاسد.

مذهب الحنابلة:

ويذهب الحنابلة إلى قسمة الشرط قسمين أيضا: شرط صحيح، وشرط غير صحيح. والصحيح عندهم كل ما كان في اشتراطه مصلحة للعقد مما لا ينافي مقتضاه ولم يرد فيه عن الشارع حظر، ولكنهم يتوسعون في معنى المصلحة حتى أنهم ليرون كل شرط يشترط في العقد شرط صحيح إلا في الأحوال الآتية:

(١) أن يكون الشرط مستوجبا لإنشاء عقد آخر وذلك لنهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة، وهذا النوع من الشروط شرط فاسد يفسد به العقد الذي اقترن به، وهم يتفقون في هذا مع الحنفية.

(٢) أن يكون شرطا منافيا لمقتضى العقد الشرعي كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أو لا يقفه، وهذا النوع من الشروط يعد شرطا فاسدا لا يفسد به العقد فيصح العقد معه ويلغو الشرط؛ لأنه يعتبر رفعا للعقد الذي رضيه العاقدان فيكون لغوا، وهم في هذا يتفقون مع الحنفية إذا كان العقد ليس عقد معاوضة - أما عقد المعاوضة فإن هذا النوع من الشروط يفسد به عندهم.

(٣) أن يجمع في عقد بين شرطين وذلك لما رواه عبد الله بن عمر - لا يحل شرطان في بيع. وغير البيع مقيس عليه، وقد اختلفت الحنابلة في المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أي شرطين ولو كانا صحيحين كما هو ظاهر الحديث، وآخرون إلى أن المراد بهما الفاسدان. وذكر البغوي أن المراد به أن يقول البائع بعثك هذه السلعة بألف نقدا وبألفين نسيئة، وقد روى عن أحمد أن اشتراط شرطين صحيحين في العقد صحيح (١).

(١) راجع نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٢.

وأن هذا الحديث لا أصل له في كتب السنة وذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى أن كل شرط صحيح ما لم يكن شرطا محظورا نهى عنه الشارع أو حل حراما أو حرم حلالا، والواقع أن هذا الموضوع موضوع نظر أو إشكال، كما يظهر ذلك من خلافهم في المراد بالشرطين^(١).

وعلى ذلك فالشرط غير الصحيح عندهم ما كان مستوجبا لإنشاء عقد آخر أو ما كان منافيا لما يقتضيه العقد أو ما شرط مع غيره من الشروط. واقتران الكفالة بالشرط الفاسد مفسد لها عندهم إذا ما اقتضى إنشاء عقد آخر، فإذا قال شخص: كفلت دينك قبل فلان على أن تبرئ «فلانا» الكفيل به من الكفالة لم تصح الكفالة، وكذا لو قال له: على أن تبرئني من كفالتني لك بدينك قبل زيد «فلان آخر» لم تصح الكفالة؛ لأن ذلك شرط بفسخ عقد في عقد آخر فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك تفسد الكفالة إذا شرط الكفيل في عقدها أن يضمن هذا الدين فلان أيضا على أن يضمن دينه قبل فلان آخر أو نفس المكفول عنه، أو على أن يؤجره منزله أو على أن يبيعه أرضه الفلانية، ففي كل هذه الصور لا تصح الكفالة لاشتراط عوض فيها فكان كبيعتين فيبيعة وذلك منهى عنه.

مذهب الشيعة الجعفرية:

ذهب بعضهم إلى أن الكفالة تبطل إذا اقترنت بالشرط الفاسد، ومثلوا لذلك بأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك دينك قبل فلان بشرط أن تبرئ «فلانا» شخصا آخر، من كفالة هذا الدين، وذهب آخرون إلى صحتها مع اقترانها بأي شرط، وفعروا على ذلك صحة الكفالة في المثال السابق وحيث لا يكون كفيلا مطالبا إلا إذا أبرأ الكفيل الأول، وكذا تصح إذا قال له: ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئني من كفالتني بدين فلان أو على أن تكون ضامنا لديني قبل فلان أو على أن يضمن المضمون ديني قبل فلان، أو على أن تبيعني كذا أو على أن تؤجرني كذا فتصح الكفالة على هذا الشرط، ولا يطالب الضامن إلا عند تحقيق الشرط^(٢).

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء ٣ ص ٢٢٣-٢٢٦.

(٢) راجع تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٧٥.

حكم الكفالة المؤقتة والمضافة والمعلقة والمقترنة بالشرط في القانون:

تصح الكفالة مؤقتة ومضافة ومعلقة في التشريع الوضعي ما دام ذلك غير مخالف للنظام العام فإذا خالف النظام العام، لغا التوقيت كما لا يكون للشرط وجود معتبر فيستمر الالتزام إذا كان فاسخا على الرغم من وجوده كما لا يترتب على وجوده تحقق الالتزام إذا كان واقفا - وقسمة الشرط هذه القسمة في هذا التشريع اصطلاح يخالف اصطلاح فقهاء الشريعة فهو في التشريع الوضعي ينقسم قسمين - شرط واقف، وشرط فاسخ ويجعلون الالتزام التزاما معلقا على شرط إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وإن لم يكن ذلك الترتيب مفهوما من الدلالة الوضعية الصريحة للعبارة التي ينشأ بها الالتزام - فإذا كان مقتضى هذه العبارة أن وجوده متوقف على وجود شرط معين بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا لم يتحقق لم يوجد، فهذا الشرط يعتبر شرطا واقفا، وإذا كان مقتضاها أن زوال هذا الالتزام هو المتوقف على الشرط فإذا وجد زال وإذا لم يوجد استمر؛ فهذا الشرط يسمى شرطا فاسخا، وبناء على ذلك فالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على وجوده وجود الالتزام، فإن لم يتحقق لم يوجد هذا الالتزام مثل أن يعلق الوصي وصيته لابنه على أن يتزوج، فالزواج في هذه الحالة شرط واقف، ومثل أن يعلق الشخص كفالته بدين فلان قبل فلان على أن يهبه سيارة معينة له فالحبة من الدائن للكفيل شرط واقف إذا تحققت تحققت الكفالة، وإذا لم تتحقق الهبة لم توجد الكفالة.

والشرط الفاسخ هو الشرط الذي يترتب على وجوده وتحققه زوال الالتزام فإذا لم يتحقق استمر الالتزام، وذلك، مثل أن يكفل شخص لشخص دينه قبل آخر على أن يكون بريئا من الكفالة إذا ما تزوج المدين ابنة المكفول له «الدائن» فزواج المكفول عنه بابتة الدائن «المكفول له» شرط فاسخ، فإذا كان تحقق انقضت الكفالة وانتهت.

ومن هذا يرى أن أحوال التعليق للكفالة بحسب الاصطلاح الفقهي الإسلامي هو من أحوال الشرط الواقف، بحسب الاصطلاح الفقهي الوضعي، وأحوال التوقيت تعد من أحوال الأجل الفاسخ؛ وذلك لزوال الالتزام بانتهاء الوقت فكان انتهاء الوقت فاسخا ومنهيا للالتزام.

أما أحوال الإضافة فهي من أحوال التأجيل الواقف عندهم، أما أحوال الاقتران بالشرط فهي في اصطلاحهم أحوال تعم أحوال التوقيت والتعليق والإضافة وهي في حكمها على العموم تخضع لقاعدة عدم المخالفة للنظام العام، ولذا كان الحكم فيها هو الصحة ما لم تخالف النظام وإلا بطلت ما تضمنته من الشروط على ما بيناه آنفاً في أحوال التعليق والإضافة، أما في غيرها من أحوال الاقتران بالشرط فإن الشرط يبطل أيضاً فإن كان من مقتضاه الالتزام عند وجود الشرط لم يحدث الالتزام وإن كان من مقتضاه انتهاء الالتزام عند وجوده لم ينته الالتزام بوجوده ولم يكن لوجوده اعتبار. ويلاحظ أن القانون المدني في المادة ٧٨٠ ينص على أن الكفالة إذا اقترنت بما يدل على تعلّقها بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين أو بما يجعل الكفيل في مركز أشد وطأة من المدين لم تجز فلا تجوز بمبلغ أكبر ولا بشرط أشد، ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون. وبناء على ذلك إذا كان الدين مؤجلاً أو مستقبلاً فلا تصح الكفالة به منجزة؛ ذلك لأن الكفالة كما في المادة ٧٧٢ عقد يلتزم به الكفيل تنفيذ التزام المدين؛ وذلك بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين؛ وذلك ما يقضى بأن يكون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المكفول وألا يتجاوزه، ولكن يجوز أن يكون أقل منه. وعلى هذا لا تجوز الكفالة بدين مؤجل على أن يكون حالاً على الكفيل ولكن تجوز كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلاً أو معلقاً - والمادة ١٠١٣ عراقى تنص على أن الدين إذا كان مؤجلاً على الأصيل تأجل على الكفيل وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل. والمادة ١٠١٤ تنص على أن الدين الحال إذا كلفه كفيل كفالة مؤجلة تأجل عليه وعلى الأصيل إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو شرط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فعند ذلك يقتصر على الكفيل.

وجملة القول عند فقهاء القانون هو جواز الاشتراط ما لم يكن الشرط مخالفاً للنظام العام ومخالفاً للآداب، أما إذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام أو للآداب، فإن كان شرطاً واقفاً فإن الالتزام لا يقوم ولا يكون له وجود ولو تحقق الشرط، وأما إذا كان فاسخاً فإن الشرط نفسه لا يمكن أن يعد له وجود. وبناء على ذلك يكون الالتزام باقياً مستمراً.

شروط الكفالة

ذكرنا فيما سبق أن عقد الكفالة يقتضى وجود كفيل ومكفول عنه ومكفول له ومكفول به وصيغة العقد وقد تكلمنا عن الصيغة والآن نتكلم على ما عداها وذلك ببيان شروط كل من هذه الأركان.

أهلية التبرع:

يشترط فى الكفيل أن يكون أهلا للتبرع؛ لأن الكفالة كما قدمنا تعد من التبرعات، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون والمعتوه والسفيه لانعدام أهلية التبرع عندهم، وذهب القاضى أبو ليلى من الحنابلة إلى أن كفالة السفیه تصح، ويتبع بعد فك الحجر عنه كإقراره بالدين، ورد بأنها إنشاء التزام بخلاف الإقرار فإنه أخبار، وكذلك لا تصح كفالة المكره لأن الاختبار شرط فى التصرف، ويرى المالكية أن كفالة المفلس لا تصح لأنه لا ينفذ تبرعه وهو رأى الصاحبين من الحنفية؛ إذ يريان أن المحجور عليه للدين لا ينفذ تبرعه إلا بإجازة الدائن، وخالف فى ذلك الشافعية والحنابلة فأجازوا له أن يكفل، وهو رأى الشيعة الجعفرية لأنه أهل للتصرف، والحجر عليه فى ماله لا فى ذمته إلا أن المكفول له لا يشارك الغرماء الذين حجر عليه لدينهم وإنما يؤخر ذلك إلى مال لا يتناوله الحجر عليه، وإذن تكون النتيجة ثبوت الدين فى ذمته الآن وعدم مطالبته إلا بعد أن يتملك مالا لا يتناوله الحجر عليه. وعلى ذلك فهم يرون أنه أهل لأن يلتزم فى ذمته ولو كان ذلك بطريق التبرع منه.

كفالة المريض:

أما المريض مرض الموت فكفالاته فى مرضه لا تتجاوز ثلث تركته مع سائر تبرعاته إلا بإجازة ورثته عند الحنفية والحنابلة والمالكية؛ لأن الكفالة تبرع وتبرعه فى مرض موته يأخذ حكم الوصية، فإذا كان دينه مستغرقا لأمواله فكفل أو كان غير مدين فكفل لو ارث أو عن وارث له فإن كفالاته تكون مستوقفة على الإجازة من الدائنين ومن الورثة ولو لم تتجاوز ثلث تركته، وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض من رأس ماله، إلا إذا ضمن

وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته^(١) أو ضمن ضمانا لا يستوجب رجوعا على الأصيل بأن ضمن بغير أمر المدين فيكون حيثنذ تبرعا يتقيد بثلك المال لأن تصرفه حال مرض الموت له حكم الوصية إذا كان من قبيل التبرع، ولكن إذا استغرق الدين مال المريض، وقضى به بظل ضمانه لأن الدين مقدم على الضمان^(٢).

كفالة السكران:

ويصح ضمان السكران للاعتداد بعبارة في التصرفات إذا كان سكره بمحرم، ولا يصح إذا كان سكره بغير محرم.

ومن المالكية من رأى عدم صحة ضمانه مطلقاً.

ضمان الزوجة:

وكذلك يصح ضمان الزوجة بدون إذن زوجها. وذهب المالكية إلى أن ضمان الزوجة نافذ في حدوث ثلث مالها بدون إذن زوجها. أما إذا زاد على الثلث فيصح ولكن لا يلزم إلا بإجازة الزوج. وللزوج رد الجميع حيثنذ إلا أن يزيد سيرا كالدينار وما قل مما يعلم أنها لم تقصد به إضراراً فتمضى الكفالة حيثنذ وله هذا الحق وإن كانت الكفالة عنه^(٣).

ملاءة الكفيل:

واشترط الشيعة الجعفرية زيادة على اشتراط أهلية التبرع ملاءة الكفيل وقت الضمان فإن لم يكن مليئاً، اكتفى بعلم المكفول له بإعساره، فلو ضمن معسر ديناً ولم يعلم الدائن بإعساره كان له فسخ الضمان عند علمه والرجوع بدينه على الأصيل، ولا يشترط استمرار اليسار إلى وقت الوفاء، ومرد ذلك أن الضمان عندهم ينتقل به الدين إلى ذمة الكفيل ويبرأ الأصيل.

وهل يشترط في الفسخ أن يكون فور علمه بإعساره، أو لا نشترط الفورية؟ في ذلك إشكال^(٤).

(١) أما لو أيسر وأمكن أخذ المال منه فإنه يتبين أن ضمانه كان من رأس ماله.

(٢) يراجع نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢، ٤٢٣، والمغنى ج٥ ص ٧١، ٧٢ وابن عابدين ج٤ ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٣) دردير ودسوقي ج٣ ص ٣٣١ والخرشى ج٦ ص ٢٦.

(٤) تحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٠.

معرفة المكفول عنه والمكفول له والمكفول به؛

لا يشترط معرفة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له عند جمهور الحنابلة، فقد ضمن كل من على رضى الله عنه وأبى قتادة من لم يعرفاه، وهو الميث الذى جىء به ليصلى عليه الرسول ﷺ لصاحب الدين عليه دون أن يعرفاه أيضاً وقبل النبى ﷺ منهما ذلك.

أقول: والاستناد إلى هذين الأثرين يدل على أنه عند جهل الضامن بهما يجب أن يكون ذلك على وضع يؤدى إلى معرفتهما وتعيين الدين المضمون وإلا فكيف تتم الكفالة بعبارة الضمان ويتعين الدين المضمون.

وقال القاضى أبو يعلى من الحنابلة: يجب معرفتها جميعاً. ووجهه ظاهر وذكر وجهها آخر هو أنه يجب معرفة الضامن للمضمون له حتى يستطيع أن يؤدى إليه الدين ولا تشتط معرفة المضمون عنه لعدم اشتراط رضاه ولا معاملة معه.

وعند الشافعية الأصح أنه يشترط أن يعرف الضامن المكفول له لتفاوت الناس فى المطالبة حتى يتففى الضرر ويستطيع إبراء ذمته بأداء الدين إليه، ولا يشترط معرفته المكفول عنه؛ لأن الكفالة معروف وقد يصنع المعروف مع غير أهله، وماقبله اشتراط معرفته أيضاً ليعلم يساره وقدرته على الوفاء^(١).

وعند أبى حنيفة ومحمد لا بد من قبول المكفول له الكفالة كما تقدم، وعلى ذلك فمعرفة لازمة لتنشأ الكفالة عندهما. أما عند أبى يوسف فالظاهر أنه يجب معرفته كذلك ليؤدى الكفيل الدين إليه وإن كان يرى أن الكفالة تتم من جانب واحد هو الكفيل، ويؤيد هذا إطلاق الكتب اشتراط معرفة المكفول له لصحة الكفالة عند الحنفية.

(١) ويظهر لى أن اشتراط المعرفة يعنون به أن يكون الإيجاب بالكفالة متضمناً ما به يعرف المكفول به والمكفول من اسم أو لقب أو نحو ذلك حتى يكون للشرط مظهر خارجى يبنى عليه القضاء. وفى شرح الدر المختار أن تعيين مقدار الدين إلى المكفول له لا إلى الكفيل لأنه صاحب الدين، وهذا مخالف لما فى أمهات الكتب، فإما أن يكون سهواً أو قولاً غير مشهور وإلا وجه أن التعيين يجب أن يكون إلى الملتزم بالدين؛ لأنه هو الذى سيدفع الدين، وقد يكون من وراء ذلك رجوعه على المكفول عنه إذا ما كانت الكفالة بالأمر فوجب أن يختار ما هو أسهل وأيسر وفاء، وعلى ذلك إذا قال الكفيل لشخص أنا كفيل لك بما لك من ديون على الناس هل تصح هذه الكفالة ويطالب الكفيل بكل دين له على أى إنسان بناء على أن هذه كفالة منجزة وعدم معرفة المكفول عنه فيها لا يمنع من صحتها؟ الظاهر من إطلاق العبارة أنها كفالة صحيحة لأنها كفالة منجزة لا يشترط فى صحتها معرفة المكفول عنه وهى مجرد التزام من الكفيل بكل دين للمكفول له ولا يعنيه معرفة المكفول عنه؛ إذ لا يشترط رضاه ولا قبوله وليس له حق الرجوع عليه وإذن فليس على المكفول له إلا أن يعين ديونه للكفيل فيلتزم بها.

أما المكفول عنه فمعرفة شرط أيضا عند الحنفية إذا كانت الكفالة معلقة أو مضافة، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: ما بايعت أحدا من الناس أو ما أقرضت أحدا من الناس فأنا كفيل أو أنا كفيل لك بعد شهر بما ستبيع به هذه الدار لأي شخص، أو قال له: كفلت لك بما بايعت أحدا من الناس، إذ إنها في هذا المثال أيضا مضافة وقت المبيعة، فإن الكفالة في هذا وأمثاله غير صحيحة لجهالة المكفول عنه حال الإضافة وحال التعليق، أما في حال التنجيز فلا تمنع جهالة المكفول عنه صحة الكفالة ومثلوا ذلك بقولهم أن يقول الكفيل لشخص: كفلت لك بما لك على فلان أو فلان، فإذا قال له ذلك صحت الكفالة، وكان إليه تعيين المكفول عنه منهما لأنه الملتزم بالدين كما في «الهداية» وكما في «الحاكم»، أما جهالة المكفول به فلا تمنع من صحة الكفالة مطلقا^(١)، وفيه إذا قال الكفيل: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حيثئذ قليلة تتحمل^(٢).

شروط المكفول عنه:

قد يكون المكفول عنه وهو المضمون مدينا عند الإيجاب بالكفالة، وقد يكون غير مدين في ذلك الوقت كما في الكفالة بالدين الموعود به، وكما في الكفالة المعلقة على سبب وجوب الدين، وسيأتي الكلام على ذلك، وعلى أية حال فالشرط في المكفول عنه

(١) الفتح ج ٤ ص ٤٠٤.

(٢) أقول: إنما لم نجر هنا لجهالة المكفول عنه فيما هو معلق لأن «ما» شرطية بدليل اقتران الجزاء بالقاء وجهالة المكفولة عنه في الكفالة المعلقة مانعة من صحتها، ولكن قد يقال إن «ما» هنا موصولة ووجود القاء لما فيها من العموم وعلى ذلك يكون هذا الفرع دليلا على أن جهالة المكفول عنه على هذا الوضع مانعة من صحة الكفالة وهو وجبه في نظري لفحش الجهالة (راجع كذلك الدر وابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٧) غير أنه قد جاء في الدر: قال رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ منه ماله كان ضامنا في حين أن الموضع موضع تعليق، وجهالة المكفول عنه في التعليق تمنع صحة الكفالة فكيف يضمن مع بطلان الكفالة. وقد أجيب عن ذلك بأن هذا استثناء من القاعدة السابقة مرجعه إلى إرادة الزجر عن مثل هذا الضمان الذي يتضمن غرورا. ولذا قال أبو السعود أن الضمان في هذه المسألة مرجعه إلى الغرور لا إلى صحة الكفالة، والغرور يوجب الضمان وخاصة إذا كان الضمان مشروطا ولكن قيل أن ضمان الغرور عند الشرط هو من ضمان الكفالة (راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣١٥، ٣١٦) غير أنه إذا عد كذلك فهي في هذا المثال كفالة معلقة فكيف لزم مع جهالة المكفول. وعلى الظاهر من القواعد الدالة على وجوب تجنب الغرور في المعاملات والالتزامات يقضى بأن مثل هذه الكفالة غير صحيحة لفحش الجهالة، ولعل التمثيل السابق يوحى بأن الجهالة المغفرة هي الجهالة الناشئة من أن يكون المكفول أحد شخصين أو ثلاثة مثلا.

عند أبي حنيفة أن يكون قادرا على الوفاء بالمكفول به إما بنفسه وإما بنائبه فلا يصح «ضمان الميت» مدين توفي لا عن تركه ولا عن كفيل بالدين؛ ذلك لأن الميت في هذه الحال عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة وليس عنده إلا «الأداء» الواجب الشاغل للذمة، وهو متعذر في هذه الحال فيسقط بالموت؛ إذ لا تكليف بما لا استطاع وإذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو المطالبة به ولا دين ولا مطالبة، حيثذولأنه بوفاته لا عن مال ولا كفيل تصير ذمته خبرة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك ساقطا. أما إذا ترك مالا فإن كفالة ما عليه من دين تصح في حدود هذا المال للقدرة على الوفاء بواسطة النائب وهو الوصى على التركة أو بواسطة الخلف وهو الوارث ولبقاء المطالبة به في هذه الحال إذ يطالب النائب أو الخلف بأدائه حيثذوفصحت كفالته لذلك، وكذلك إذا ترك كفيلا بهذا الدين جاز لآخر أن يكفل به أيضا لبقاء القدرة على الوفاء بواسطة الكفيل ولبقاء المطالبة بمطالبة الكفيل.

وذهب الصحابان إلى جواز الكفالة بدين المتوفى إطلاقا ترك مالا أم لا، ترك كفيلا به أم لا^(١)، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية، واحتجوا بحديث قتادة المار إذ قبل رسول الله ﷺ كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاء ولا كفيلا، وبحديث علي رضي الله عنه أيضا: فقد روى أبو سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام قبل كفالة علي في مثل هذه الحادثة، ويؤيد ذلك أيضا صحة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يترك مالا، وصحة التبرع بالأداء عنه وكذلك إبرأؤه حيثذواحتجوا أيضا بأن الموت ليس سببا لسقوط دين لغير الميت إذ لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو انفساخ سببه ولم يحدث شيء من ذلك، ولذا لا تنتهي كفالته بالموت إذا حدثت قبله، هذا، وإذا جاز أن يجاب عن ذلك بأن صحة الإبراء والأداء إنما أريد بها تخليصه من إثم المماطلة في قضاء الدين والتقصير في أدائه لا قضاء الدين على الحقيقة على ما في ذلك من بعد، فإن ذلك لا يقتضى عدم العمل بالحديث، وادعاء أن الكفالة في الحديث كانت سابقة على الوفاة وأن الحديث عنها فيه كان إخبارا لا إنشاء لها ادعاء بعيد ولا دليل عليه. ولا يشترط رضا المكفول عنه بكفالة دينه بل تصح مع كراهته لذلك، ويقول ابن قدامة أنه لا علم في ذلك خلافا وجهه أنه لو تبرع إنسان بقضاء دين على غيره من غير إذنه ومن غير رضاه فقبل الدائن ذلك صح، فدل ذلك على أن صحة ضمانه من غير رضاه أولى.

وكذلك يشترط عند الحنفية في المكفول عنه أن يكون معلوما للكفيل إذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة لا إن كانت منجزة كما تقدم، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: كفلت مالك من الدين على الناس تصح الكفالة وإن كان المكفول عنه مجهولا، ولكن في «فتح القدير» ما يشعر بأنها في هذه الصورة غير صحيحة ولأن العرف يأبى إنفاذ التزام كهذا لفحش الجهالة فيه ولكن إطلاق النصوص تخالفه، وفي «الهندية» عن «الذخيرة والمحيط» أن اشتراط العلم بالمكفول عنه إنما هو عند إضافة الكفالة أو تعليقها إما عند تنجزها كان يقول الكفيل كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان فإنها تجوز ويكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه منهما كما تقدم في اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه.

وجملة القول في ذلك أن علم الكفيل بالمكفول عنه محل خلاف بين الفقهاء منهم من اشترط ذلك ومن هؤلاء بعض الشيعة، ومنهم من لم يشترط ذلك ومن هؤلاء جمهور الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة^(١).

قال في «الفتح»: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا «أى في كل حال» وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه تمنعها عند التعليق والإضافة ولا تمنع صحتها عند التنجيز، وعلى ذلك لا تصح إذا قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو على لجهالة المكفول عنه في الإضافة ولا تصح إذا قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لجهالة المكفول له وإذا قال ما غصبك فلان أو سرتك فعلى جازت الكفالة لعدم جهالة المكفول له والمكفول عنه وإن جهل المكفول به^(٢).

وتصح الكفالة بين الصبي والمجنون ولكن لا يرجع الكفيل في مالها إذا أدى ولو كانت الكفالة بإذنهما إلا في صبي مأذون له بالتجارة، فإن إذنه بالكفالة يعتبر في الرجوع عليه.

شروط المكفول له:

يشترط فيه أن يكون معلوما للكفيل أما عند من يجعل قبوله في مجلس العقد ركنا فذلك طبيعي ومنهم الحنفية، وأما عند من يرى أن الكفالة تتم من جانب الكفيل

(١) الهندية ج ٢ ص ٢٥٤ والبدائع ج ٦ ص ٦ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٣٤ والمغنى ج ٥ ص ٧١ وتخريج الأحكام ج ١ ص ٢٢٣ ومنح الجليل ج ٣ ص ٢٥٢.

(٢) الفتح ج ٥ ص ٤٠٤.

فلأن الكفالة قد شرعت لتوثيق الدين ولتكون وسيلة إلى أدائه ولا يكون ذلك مع جهالة الدائن وإلى هذا ذهب الشافعية في الأصح عندهم من القولين. وإن كان قبوله الكفالة أو رضاه بها غير واجب عندهم لصحة الكفالة على الأصح.

وجملة القول أن الفقهاء قد اختلفوا في علم الكفيل بالمكفول له منهم من جعله شرطاً في الكفيل فجعل علمه بالمكفول له شرطاً فيه، ومنهم من جعله شرطاً في المكفول فالشرط أن يكون معلوماً لدى الكفيل وليس ذلك إلا خلافاً في التعبير؟ ومنهم من ذهب إلى أنه ليس بشرط محتجاً بحديث أبي قتادة وحديث علي «المارين» إذ قبل رسول الله ﷺ كفالتهما دون أن يعلما من هو الدائن. وليس في الحديثين ما يدل على أنهما كانا عالين بالدائن، وكل ما في الأمر أن رسول الله قبل كفالتهما دون توقف على قبول الدائن.

وبناء على ما ذهب إليه الحنفية من اشتراط العلم بالمكفول له إذا قال رجل لرجلين: كفلت لهذا بما له على فلان من دين أو لهذا كانت الكفالة باطلة لجهالة المكفول له، كذا في «الذخيرة» ولو قال لجماعة ما بعمومه لفلان أنتم وغيركم فعلى صح ذلك في حق المخاطبين فقط، كذا في «المحيط» للسرخسي. ولو قال: من بايعك من هؤلاء وأشار إلى معدودين فأنا كفيل عنك بالثمن جاز؛ لأن المكفول له معلوم لانحصاره في هؤلاء وهي جهالة سيرة وإليه يكون تعيين المكفول له.

وكذا يشترط في المكفول له أن يكون عاقلاً إذ لا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يميز الكفالة إذا ما وجه إليهما الإيجاب لعدم الاعتداد بعبارتهما، ولا يجوز قبول وليهما عنهما في هذه الحال لأن الإيجاب لم يوجه إليه وليس في هذا الشرط خلاف عند من يجعل القبول ركناً في الكفالة.

ويجوز قبول الصبي المميز، والسفيه عند الحنفية لأنها نفع محض فلا تتوقف على إجازة وليهما «في المال» أما عند الشيعة وأهل الظاهر فلا يتمحض فيها النفع إذ قد تكون ذمة الكفيل الذي انتقل إليها الدين أسوأ حالاً من ذمة المدين أو يعرض لها ما لم يعرض لذمة المدين، فلا يكون النفع متمحضاً؛ ولذا لا تتم بقبولهما.

شروط المكفول به:

أولاً: يشترط في المكفول به وجوبه على الأصيل على وجه يلزم معه أن يسلمه ولو مستقبلاً إلى صاحب الحق، وهذا شرط يحتاج إلى بيان وتفصيل نذكره فيما يلي:

المكفول به قد يكون ديناً وقد يكون عيناً.

فإذا كان ديناً وجب أولاً أن يكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بأداء أو إبراء، والحق الحنفية بذلك دين نفقة الزوجة استحساناً فإنها لا تعد من هذه الديون عندهم ومع ذلك أجازوا الكفالة بها، أما غيرهم فإنهم يعدونها من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء فتجوز الكفالة بها عند وجوبها كالشافعية. وعلى الجملة فقد ذهب إلى جواز الكفالة بنفقة الزوجة الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية.

كفالة النفقة:

فالحنابلة أجازوا كفالة نفقة الزوجة ماضية أم حاضرة أم مستقبلية لأن الماضي والحاضرة واجبة فعلاً والمستقبلية مآلها إلى اللزوم. وقال القاضي أبو يعلى: إذا ضمن نفقتها في المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة عليها تسقط بالإعسار.

والحنفية أجازوا الكفالة إذا كانت حاضرة أو مستقبلية أو ماضية فرضت بالقضاء أو بالرضا استحساناً، أما الماضية غير المفروضة فلا يجوز كفالتها إلا بعد فرضها، أما قبل فرضها فلا يصح كفالتها. وفي «الخانية»: لو كفّل رجل بنفقة الزوجة أبداً ما دامت الزوجية جاز وعليه الفتوى.

ويلاحظ أن النفقة المستقبلية يجوز الكفالة بها مع أنها لم تصر ديناً أصلاً وهذا استحسان ويلزم الكفيل حيثنّ بما يفرض لها^(١)، وفي ابن عابدين: قال لامرأة: كفلت لك بالنفقة أبداً يلزمه النفقة ما دامت في نكاح زوجها. ولو قال لها ما دمت في نكاح زوجك فنفتكتك على لزمته الكفالة، فإذا مات أحدهما أو انتهى النكاح بأي سبب لا تبقى الكفالة^(٢).

والى صحة ضمان نفقة الزوجة مطلقاً ذهب الشافعي في أحد قوليه والقول الآخر لا يصح ضمانها إذا كانت مستقبلية وإنما يصح ضمان الماضي والحاضرة لوجوبهما في الذمة. وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية.

ثانياً: أن يكون المكفول به واجباً في الذمة عند الكفالة به أو مآله إلى الوجوب ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة وهو أحد قولين عند الشافعي. ولا يشترط أن يكون معلوم المقدار عند الكفيل، وخالف في ذلك الشافعي فاشتترط أن يكون ثابتاً في

(١) ابن عابدين ج٤ ص ٢٣٠ وص ٢٩٣.

(٢) الخانية ص ٢٩٤.

الذمة عند الكفالة معلوم المقدار لدى الكفيل في قوله الجديد خلافا لقوله في القديم.

كفالة الدين الموعود به:

وعلى ذلك جازت الكفالة بالدين الموعود به وإن لم يكن موجودا عند الكفالة لأن مآله إلى الوجوب، وذلك كأن يقول شخص لآخر: أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه من الدين، أو يقول له: أقرض فلانا وأنا كفيل بهذا الدين.

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية في القديم، والزيدية خلافا للناصرية والقاسمية منهم، وخالف في ذلك الشافعية في الجديد والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فلم يجوزوا الكفالة بما سيكون من دين موعود به.

أما الجعل في الجعالة فأجاز الشيعة الكفالة به وكذلك الحنابلة والمالكية؛ لأنه التزام آيل إلى اللزوم، والشافعية أجازوا الكفالة به بعد الفراغ من العمل لا قبله في أحد قولين لهم؛ لأنه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل^(١)، وفي «المبسوط» من كتب الشيعة لا يصلح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب، وهو قول الشافعية في الجديد.

وكذلك جازت الكفالة بالدين إذا كان مجهول المقدار عند الجميع خلافا للشافعية في مذهبه الجديد والثوري والليث بن سعد وابن أبي ليلى وابن المنذر وأهل الظاهر والشيعة، غير أن الحنابلة يشترطون عند الكفالة بالمجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره، كما إذا قال شخص لآخر: كفلت لك بمالك قبل فلان ولا يعلم مقدار ذلك، أما إذا كان بخلاف ذلك فلا تصح الكفالة كأن يقول له كفلت لك ببعض مالك قبل فلان، والوجه فيه ظاهر.

ووجه ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته في أحد قولييه أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة فلا يتحقق لذلك معنى للكفالة وهو ضم ذمة إلى ذمة فيه، ووجهه في عدم صحة الكفالة بالمجهول أن الكفالة التزام دين في الذمة والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع فوجب أن يكون معلوما حتى يكون الملتزم على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء وحتى يكون التزامه مستوجبا للثقة والاطمئنان.

(١) دردير ج٣ ص ٢٢٤ والمغنى ج٥ ص ٧٢ والبدائع ج٦ ص ٦ وتحرير الأحكام ج١ ص ٢ والمتنوع ج٤ ص ٢٦١، والفتح ج٥ ص ٤٠٣ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٧.

ووجه قول الجمهور في صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته أن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين، وصحة الكفالة معلقة^(١) يقتضى صحتها بما سيثبت في الذمة من الدين؛ إذ المال في الحالين واحد. فأما صحتها بالدين مجهولا فذلك؛ لأنها من قبيل التبرع والتبرع لا يعيبه الجهالة كما في النذر، وقد جرى بها العرف وحاجة الناس تدعو إلى ذلك ولذا جرى به العرف ويظهر لى من الرجوع إلى عبارة من ذهب إلى جواز الكفالة بالدين الموعود به أنهم يريدون أن تكون الكفالة به معلقة على ثبوته أو في معنى المعلقة على ثبوته كما يظهر من تمثيلهم إذ يمثلون لذلك بأن يقول الكفيل بايع فلانا وأنا ضامن الثمن، أو ما بايعت فلانا كذا فأنا كفيل بما يثبت لك في ذمته من المبيعة، أو أقرض فلانا وأنا كفيل بالقرض أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا به كفيل ونحو ذلك من الأمثلة ولم يخرجوا عن هذا المعنى، إلا ما جاء في كتاب «منتهى الإرادات» من كتب الحنابلة من أنه إذا قال شخص لآخر: كفلت بما تدين به زيدا صحت الكفالة على أن ذلك قد يرى أنه معنى قوله إن دابته فأنا كفيل به، فإذا أضفنا إلى ذلك أنهم يطلون الكفالة بما لم يثبت من الدين في الذمة، في مثل أن يقول شخص لآخر: استأجر هذه الطاحونة وما أصابك من خسارة فعلى، أو اشتر من فلان على أن ما يصيبك من خسارة في بيع ما اشتريته فعلى فقد قالوا: إن الكفالة في هذه الصور باطلة لأنها كفالة بدين معدوم غير موجود ولا موعود به (هندية) إذا راعينا هذا تبينا أنهم لا يرون صحة الكفالة بكل دين مستقل لم يكن ثابتا في الذمة عند إنشاء الكفالة وإنما يريدون صحتها بدين علقت على سبب ثبوته حقيقة أو معنى^(٢). ومع هذا لم أجد من نبه إلى ذلك من الفقهاء رغم بحثي في كتبهم^(٣).

هذا، وقد أجاز القانون المدني الكفالة بالدين المستقبل إذا حدد فيها المبلغ المكفول كما أجاز الكفالة بالدين الشرطي (فقرة أولى من المادة ٧٧٨ مدني) ونصها:

(١) ذلك عند الحنفية والزيدية ورأى عند الحنابلة في صحة تعليقها. ويلاحظ أن تعليقها عند الحنفية والمالكية يكون بالشرط الملائم، ولا يجوز عند الشافعية والشيعة، وأن الشافعية لا يرون صحتها إلا حال تنجيزها، وعلى ذلك لا يحتج عليهم بما ذكر.

(٢) هندية ج٣ ص ٢٧٢.

(٣) هل يمكن أن يقال أن الكفالة بالدين الموعود به هي في كل أحوالها في معنى المعلقة على ثبوته وفي التعليق على الثبوت يوجد السبب عنده، فتكون كفالة بدين ثابت، أما الكفالة بما لا وعد فيه من الديون كان يقول الكفيل: أنا كفيل بما سيكون لك في ذمة فلان دون سبق وعد فغير صحيحة - ولكن مع ذلك قد يرى أن في ذلك وأمثاله معنى التعليق إذ المعنى إذا وجد لك دين في ذمة فلان فأنا كفيل به.

«تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي».

ومثال الكفالة بالدين المستقبل أن يتقدم شخص بكفالة شخص فتح له بنك مصر مثلاً اعتماداً فيكفله للبنك فيما يقرضه قبل أن يشرع فعلاً في الاقتراض من هذا الاعتماد أو أن يكفل شخص زوجته لمحل تجارى في ثمن ما ستشتره زوجته منه من بضائع، ففي هذه الأحوال يشترط أن يكون المكفول به في حدود الاعتماد الذى فتحه بنك مصر للمكفول عنه حتى لا يتجاوز التزام الكفيل، وأن يحدد ثمن ما ستشتره الزوجة من البضائع حتى لا يستغل المدين هذه الكفالة فيهرق الكفيل بما لم يكن يظهر أن سيصل التزامه إليه، وفي ذلك من الضرر ما يخفى، وكذلك أجاز القانون الكفالة بالدين الشرطى ومثاله أن يقول شخص لآخر: إذا أقرضت فلاناً ألف جنيه فأنا كفيل بها، أو إذا بعث لفلان منزلك بأربعة آلاف جنيه فأنا كفيل بها، ولا شك أن هذه كفالة بدين مستقبلي. والمفهوم أن الدين الشرطى دين مستقل. وعلى ذلك فلا بد من تحديده بناء على الفقرة الأولى من المادة.

والقانون على هذا لم يخرج عما ذهب إليه فقهاء الشريعة مما شرحناه قبل إلا في اشتراطه تحديد الدين، وقد ذهب في ذلك مذهبا حسنا بعدا عن الجهالة والغرر.

ومما يدل على أنها تصح بالدين المجهول أنها تصح مع التعليق بالغرر والخطر كما في الكفالة بالدرك وهي جائزة عند المالكية، وجهالة الدين المكفول به دون ذلك خطراً لأنه في الواقع معين، بل قد أقرها الكتاب العزيز في قوله تعالى: ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (٧٢) [يوسف] وحمل البعير مجهول المقدار إذ يختلف باختلاف البعير وقوته. وقد يرد على هذا بأن حمل البعير قد يكون وزناً معروفاً. أو كيلاً معهوداً عندهم؛ وإذا صحت الكفالة بالمجهول كان الخيار للضامن في تعيينه إذا لم يكن مقدراً في واقع الأمر كما في الكفالة ببعض دين فلان فيلزم بالبيان، وبناء على ما ذكر تصح الكفالة بالديون على اختلاف أسبابها كضمن البيع والقرض والمهر والجعل في الجعالة، وقيم التلغات وأرش الجناية وقيمة المغصوب ودين السلم على رأى؛ خلافاً لمن ذهب إلى عدم صحة كفالته للنهي عن أن يستبدل به شيء قبل قبضه، وما يدرك المبيع من استحقاق وغير ذلك من الديون الثابتة أو التى سببت.

ثالثاً: ذكر الحنفية زيادة على ما تقدم ألا يكون الدين المكفول به مستحقاً بعضه للكفيل وألا يكون له حق طلب أدائه وبنوا على ذلك عدم صحة الكفالة إذا ما كفل الوكيل بالبيع لموكله المشتري بثمن ما باعه ذلك؛ لأن الكفالة التزام بالمطالبة وبكفالاته بالثمن صار ملتزماً ومطالباً به بمقتضى هذه الكفالة في حين أنه بمقتضى وكالته في البيع له حق اقتضاء الثمن من المشتري ومطالبته به، ولهذا لا يجوز أن يكفله لأنه حينئذ يكفله لنفسه ولا فائدة في ذلك لأنه لا يتصور منه مطالبه لنفسه بمقتضى كفالته وإلى ذلك فإن الثمن إذا صار إلى يد الوكيل كان أمانة بحكم وكالته ولو صح ضمانه لصار مضموناً بحكم الضمان، وهذا غير جائز لأن في ذلك جمعاً بين وصفين متنافيين هما الأمانة والضمان.

وجاء في «ابن عابدين» ما ملخصه:

إن الكفالة كما تكون بالمال قد تكون كذلك بتسليم المال وتقاضيه دون أن تكون بالتزامه وذلك ظاهر فيما جاء في «البحر» عن «التتارخانية» وهو: لشخص مال على رجل فقال آخر للطالب: ضمنت لك ما على فلان أن أقتضيه وأقبضه وأدفعه إليك، فقد قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه ولو من ماله، إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه إذا قبضه. وعلى هذا عرف الناس، ومن ذلك ما لو غصب شخص من مال رجل ألف دينار فقاتله المغصوب منه ليأخذها، فقال له آخر لا تقاتله وأنا ضامن لك أخذها منه وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو استهلك الغاصب الألف وصارت ديناً كان عليه ضمان التقاضي منه فقط. فمثل هذا ليس كفالة بالدين نفسه ولكن بتقاضيه ثم بتسليمه، وبهذا علم أن الكفالة بالدين نوعان: كفالة بنفس الدين وكفالة بتقاضيه، والكفالة بالتقاضي كالكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم في الأعيان. أقول: وعلى ذلك فالفرق بين هذا النوع من الكفالة والوكالة بالتقاضي هو لزوم الكفالة وعدم لزوم الوكالة وإجبار الكفيل وعدم إجبار الوكيل^(١).

كفالة الأعيان

وإذا كان المكفول به عيناً فقد تكون العين من الأعيان المضمونة بنفسها، كالأعيان المغصوبة والمبيع يبعاً فاسداً والمهر في يد الزوج ويدل الخلع والمقبوض على رسوم الشراء، وقد تكون من الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن والرهن

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٢.

في يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه وإلا كان مضمونا بقدر قيمته من الدين، وقد تكون أمانة غير مضمونة كالوديعة والعارية.

ويرى الحنفية صحة ضمان النوع الأول والارتهان به ويترتب على ضمانه إلزام الكفيل بتسليمه ما دام قائما فإذا هلك ألزم ضمان مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

أما النوع الثاني فيجوز ضمان تسليمه فقط وإذن تكون الكفالة في هذه الحال كفالة بفعل هو التسليم فيلزم بتسليمه ما دام قائما، فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشيء كما في الكفالة بالنفس عند موت المكفول بإحضاره - ووجه سقوط الكفالة بهلاكه أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري، والرهن مضمون بالدين فإذا هلك سقط الدين عن الراهن في حدود قيمة الرهن فلا محل إذن لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

والنوع الثالث وهو ما يعد أمانة في يد حائزته قسما:

قسم واجب تسليمه على صاحب اليد على معنى أن عليه أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكة وذلك كالعارية في يد المستعير والعين المستأجرة في يد المستأجر^(١) وهذا القسم تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد فإذا هلك لم يلزم الكفيل بشيء أيضا لأنه يهلك مجانا لكونه أمانة.

وقسم لا يجب على صاحب اليد أن يسعى إلى تسليمه بل على المالك أن يسعى إلى ذلك. وهذا القسم لا تجوز الكفالة بتسليمه كما لا تجوز بقيمته إذ ليس شيء منهما مضمونا أو واجبا على صاحب اليد، ولا كفالة إلا بما هو واجب. ومن هذا القسم الودائع وأموال المضاربة والشركات.

وذهب الزيدية إلى جواز الكفالة بتسليم العين المضمونة، فإذا كفل كفيل بعين مضمونة كالمغصوب والعارية المشترط على المستعير ضمانها وكذلك الشيء المستأجر المشترط على المستأجر ضمانه كان ملزما بتسليمها عند وجوب ذلك التسليم، ولا يلزم بأداء قيمتها عند هلاكها إلا أن يشترط ذلك في الكفالة عند تعذر تسليم عينها - أما إذا كانت أمانة فلا يصح ضمانها عند الزيدية إجماعا^(٢). وإلى هذا ذهب الحنابلة والشيعة

(١) الفتح ج ٥ ص ٢٩٠ والهندي ج ٣ ص ٢٥٤.

(٢) المنتزع ج ٢ ص ٢٦٢ و ٢٦٩: تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٠ وما بعدها من كتاب الغصب.

الجعفرية غير أنهم يرون إلزام الكفيل عند كفالاته الأعيان المضمونة أن يسلمها ما كانت قائمة، فإذا هلكت ضمنها بمثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمة وإن لم يشترط ذلك الشرط في الكفالة كما هو مذهب الحنفية. أما غير المضمون من الأعيان فلا تصح الكفالة به.

وذهب المالكية إلى أن الكفالة بالمال إنما تكون في دين لازم فلا تصح في معين، أي في عين من الأعيان كما إذا ضمن مبيعاً معيناً على أنه إذا استحق لزمه عينه، وكذلك لا يصح ضمان الودائع والعاريات ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بعينها لاستحالة ذلك - ولا تجوز في الحدود والتعازير ولا في قصاص لأن فائدة الحماية أن يحل الضامن محل المضمون إذا تعذر أخذ الحق منه، وهذا المعنى متعذر في الحدود لأن استيفاءها من الضامن لا يجوز، وإلى هذا ذهب الحنفية أيضاً؛ ولكن إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو بتقصير التزم بدفع قيمته أو مثله صح الضمان ولزم لأنها كفالة معلقة على ثبوت الدين، ويجوز تعليق الكفالة، وغاية ما فيها جهالة المكفول عنه ولا يضير ذلك عندهم خلافاً للحنفية، إذ إن ذلك لا يجوز إلا عند تنجيزها لا عند تعليقها كما تقدم. وعلى هذا إذا ضمن عين المغصوب لم يصح ولكن إذا ضمنه على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان، ونتيجة ذلك أن المالكية لا يرون ضمان الأعيان على معنى تسليمها بذاتها، وإلى هذا ذهب الشافعية والناصر من الزيدية^(١). وللشافعية قول آخر بجواز كفالة الأعيان المضمونة ذكره ابن قدامة في «المغنى»، وفي المذهب للشيرازي: ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية، والبيع قبل قبضه في جوازه وجهان بناء على القولين في كفالة البدن أحدهما الصحة وعليه إذا هلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما على الضامن ضمانها والثاني ليس عليه ضمانها وتنتهي الكفالة^(٢).

كفالة الأعمال:

جوز المالكية أيضاً ضمان الأعمال الملتزم بها في الذمة كعمل المساقى وعمل الأجير إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه ومثله حمل دابة غير معينة. أما إذا اشترط على الأجير

(١) راجع الدردير والدسوقي ج ٣ ص ٣٣٤ ومنع الجليل ج ٣ ص ٢٤٩ والخرشي ج ٥ ص ٢٨ والمذاق ج ٥

ص ٩٨ والخطاب ج ٥ ص ٩٨ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤١ وحاشية الصاوي ج ٢ ص ١٣٨.

(٢) المذهب ج ١ ص ٣٤٦.

أن يعمل بنفسه أو اشترط حمل دابة معينة فلا يصح الضمان لاستحالة استيفاء ذلك من الضامن، وإلى هذا ذهب الحنفية وكذلك جوز الشافعية الكفالة بالعمل الملتزم في الذمة بالإجارة أو بالمساقاة^(١).

ضمان الدرك:

ويجوز عند الشافعية أيضا ضمان الدرك وهو ضمان الثمن للمشتري إذا ما قبضه البائع حتى إذا ظهر أن المبيع مستحق أو مأخوذ بالشفعة أو رده المشتري بعيب كان على الضامن ضمان الثمن للمشتري - وضمان المبيع للبائع إذا ما تسلمه المشتري ثم ظهر الثمن عند تعيينه مستحقا أو معيبا، ويسمى هذا الضمان بضمان العهدة أيضا، ومتعلقه عين المبيع أو عين الثمن ما بقي المضمون منهما وتيسير رده وإلا كان متعلقا بيد لهما وهو المثل أو القيمة على حسب اختلاف المضمون. ونتيجة ذلك أن ضمان العهدة يعد من ضمان العين عند بقاء المضمون ويعد ضمان ذمة عند تلفه أو تعذر رده، وقد جوز لمسيس الحاجة إليه، وظاهر أنه لا يعد من قبيل ضمان ما لم يجب مطلقا لظهور وجوب رد المضمون وجوبا مستندا إلى الماضي عند وجود السبب^(٢).

بيان حكم الكفالة بالالتزام الباطل:

ظهر لنا مما سبق أن الكفالة لا تصح إلا بما هو واجب في الذمة، وعلى هذا لا تصح كفالة المجنون ولا الصبي الذي لا يميز في ثمن ما يشتريه لأن تصرفه باطل لا يترتب عليه شغل ذمته، ولكن تصح كفالته فيما يتلفه من أموال غيره إذا لم يسلط عليها لأن أفعاله مضمونة، فإذا أتلف مالا وجب عليه ضمان مثله أو قيمته وكذلك لا تصح كفالة ما يتلفه الحيوانات من الأموال إذا لم يترتب على ذلك تضمين مالكة لأن أعمالها حيثئذ جبار، فقد روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جرحها جبار» فلا يترتب عليها ثبوت دين.

أما كفالة الصبي المميز فيما يشتريه أو كفالة المحجور عليه للسفه في ذلك فعند من يرى من الفقهاء كالحنفية أهليتهما لمباشرة هذا التصرف ونفاذه بالإجارة ممن له الولاية فإن

(١) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٤.

(٢) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٥ و ٤٢٦.

الكفالة بذلك تصح إذا أجاز الشراء من له حق إجازته، أما إذا بطل لعدم إجازته فإن الكفالة لا تصح به، وعند من يرى أن تصرفهما كتصرف المجنون لا صحة له، ولا ينقلب صحيحا كالشافعية فإن كفالة كل منهما في ثمن ما يشتريه تعد باطلة أما قبل الإجازة فالعقد موقوف وإذن لا دين.

وذهب المالكية إلى أن ما أخذه السفية أو اقترضه أو اشترى به شيئا إن كان ذلك مما لا بد له منه صح ضمانه لأنه يلزمه في ذمته ويرجع عليه في ماله، وعلى ذلك يرجع عليه الضامن في ماله إذا أدى عنه.

أما إن كان مما لا يلزم له فكفل به رشيد، فإن الحكم في ذلك يختلف فإن كان الضامن لا يعلم أنه محجور عليه والمضمون له يعلم ذلك لما تصح الكفالة اتفاقا ولا يلزم الضامن لأنه ضمن ما لا يجب وهو لا يعلم ذلك، وقد أقدم على الضمان على زعم أنه ضمان لواجب. وإن كان الضامن هو الذي يعلم بأنه محجور عليه والمضمون له لا يعلم ذلك صحت الكفالة ولزم الكفيل ما ضمن اتفاقا؛ لأن إقدامه على الكفالة مع علمه بعدم وجوب الدين يعد تبرعا منه بهذا الدين للمضمون له فيلزمه ذلك تجنباً لخداع المضمون وغدره. أما إذا كانا يعلمان ذلك جميعا أو يجهلانه فعند ابن القاسم تصح الكفالة في الحالين ويلزم الكفيل ما ضمن، وعند ابن الماجشون لا تصح ولا يلزمه في الوجهين ما ضمن. أما وجهة قول ابن الماجشون فظاهر وهو أن الكفالة غير صحيحة لأنها كفالة بما ليس واجبا، وأما وجهة ابن القاسم فهي أن الكفيل حال علمه بالحجر أقدم على الكفالة فكان ملتزما بالمال متبرعا به فيلزمه، أما في حال الجهل بحال المكفول عنه فلعل وجهه أن الكفالة من الكفيل حال جهالة المكفول له بالحجر قد يكون من نتيجتها أنه قد استوثق بهذه الكفالة على أساس أنها كفالة صحيحة ولولاها لكان له إجراء آخر مع المدين، وفي إبطالها إضرار بالمكفول له وليس في تصحيحها إلزام الكفيل بما لم يقدم على التزامه فوجب لذلك أن يترتب عليه أثرها إقرارا للمعاملات^(١).

ثم إذا أدى الضامن عن السفية دينه في هذه الأحوال الأربع لم يرجع في مال السفية لعدم وجوب ذلك على السفية ابتداء، وذكر اللخمي من فقهاء المالكية أن كفالة المولى عليه إذا كانت مشروطة في أصل عقد الدين، وكان الكفيل والمكفول له عالين

(١) يقال أن إقدامه في هذه الحال إقدام على ما يعتقد أنه له حق الرجوع به فكيف يلزم بما ليس له حق في الرجوع به - قد يخرج على نظرية إلزام بما التزم به.

بالحجر أو كان الكفيل وحده هو العالم به كانت الكفالة لازمة^(١) وإن كان المكفول له علما دون الكفيل كانت الكفالة ساقطة^(٢) وإن كانا يجهلان جميعا فعلى وجهين^(٣)، أما إذا كانت الكفالة بعد العقد وهما يجهلان بالحجر جميعا فإنها تكون ساقطة^(٤) «راجع الخطاب ج ٥ ص ٩٦» أقول - وليس يبعد أن يكون إلزام الكفيل بما التزمه عند عدم وجوب الدين في ذمة المكفول عنه مرده إلى تبرع الكفيل والتزامه بذلك لا إلى صحة الكفالة إذ إنها لا تكون إلا بدين ثابت.

أما التشريع الوضعي فيفرق في الحكم بين التزام باطل بطلانا أصليا والتزام باطل بطلانا نسبيا، فإذا كان التزام المكفول به باطلا بطلانا أصليا تكون الكفالة باطلة، أما إذا كان باطلا بطلانا نسبيا فإن الالتزام الأصلي في هذه الحال يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، وعلى هذا تظل الكفالة به صحيحة كذلك حتى يحكم بإبطاله فتبطل - على أن للكفيل الحق في هذه الحال في طلب الحكم بإبطال الالتزام الأصلي، إما باسم المدين بناء على المادتين (٢٣٥، ٢٣٦ مدني)، وإما باسمه هو بناء على المادة (٧٨٢/١ مدني) التي تخول للكفيل الحق في أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. وعلى ذلك فإن ذمة الكفيل تبرأ بعد تقرير بطلان الالتزام الأصلي المكفول به ولكن المادة (٧٧٧ مدني) تضمنت حكما استثنائيا يقضى ببقاء الكفيل ملتزما حتى بعد الحكم ببطلان الالتزام الأصلي متى كان سبب هذا الإبطال هو نقص أهلية المدين وكانت كفالته حاصلة بسبب هذا السبب فيه، وهذا نصها:

«من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول: ومقتضى ظاهر المادة أن الكفالة قد حدثت لتأمين المكفول له فإذا تبين أنها لم تكن لذلك سرى عليها الحكم العام وهو البطلان^(٥)، وهذا يتفق مع مذهب المالكية كما هو ظاهر.

(١) وهذا يتفق مع القول الأول وكلاهما يخرج على ذلك التزام بالتبرع؟ ذلك هو الظاهر وفي هذا خلاف ابن الماجشون عند علمها جميعا.

(٢) وهذا يتفق أيضا مع ما سبق والوجه أنه لا دين وقد سبق أن عدم الصحة محل اتفاق.

(٣) أحد الوجهين مبنى على نظرية الالتزام وهو صحة الالتزام - والثاني مبنى على أن عدم وجود دين وهو عدم صحة الالتزام وانتفاء التبرع لجهل الضامن.

(٤) لا يقال في هذه الحال أن المكفول له لم يقدم على العقد إلا بعد أن كان لديه استيثاق من الكفيل فلا بد من مراعاة ذلك والقول بصحة الالتزام تجنب لخداعه وغروره بل يقال أنه قد سلط المحجور عليه على ماله فوجب أن يتحمل تبعه ذلك ولذا كانت الكفالة ساقطة.

(٥) عبد الباقي ص ٧٦-٨٠.

شروط الصيغة:

يشترط أن يكون قبول الكفالة عند من يجعله ركنا فيها في مجلس الإيجاب لأن الكفالة من العقود المالية التي يشترط فيها اتحاد مجلس القبول والإيجاب، فإذا كفل إنسان ديناً في غيبة المكفول له فلم يقبل عنه فضولي لم يتوقف الإيجاب إلى ما وراء المجلس وبطل لذلك حتى إذا قبل المكفول له بعد المجلس لم تصح الكفالة - ولو قبل عنه فضولي جاز ذلك وتوقف نفاذ الكفالة على إجازتها من المكفول له، وللكفيل أن يرجع عن إيجابه قبل إجازة الكفالة من المكفول له كما للبائع أن يرجع عن إيجابه بالبيع قبل إجازته من المشتري، وخالف ذلك أبو يوسف في قوله الأخير فذهب كما تقدم إلى أن الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول من المكفول له أو من فضولي عنه أم لم يوجد، واختلف الحنفية في الترخيص على قول أبي يوسف هذا فقيل تجوز عنده متوقفة على إجازة المكفول له حتى لو رضى بها وأجازها نفذت وإلا بطلت؛ وذلك على أساس أن الكفيل يعتبر معبراً عن نفسه في الإيجاب وفضولياً عن المكفول له في اعتبار الإيجاب قبولاً، فلذلك يتوقف العقد إلى ما وراء المجلس كراهيه في غيرها من العقود، ويؤدي هذا إلى أن القبول ركن - وقيل تكون بعبارة الكفيل نافذة وللمكفول له بعد ذلك الرد إن أراد، وهذا هو أصح القولين وأظهرهما كما في «فتح القدير»، ومؤداه أن القبول ليس ركناً.

الباعث على الكفالة:

لا يشترط جمهور الفقهاء أن يكون الباعث على الكفالة سبباً مشروعاً؛ وعلى ذلك لو أن خليلاً كفل عن خليلته بدين عليها لآخر ليحظى باستمرار معاشرتها له وبقاء صلته بها وتبين ذلك من القرائن كانت الكفالة صحيحة ملزمة عندهم؛ لأنها مجرد التزام من الكفيل عند جمهور فقهاء الإسلام. وخالف في ذلك بعض الحنابلة فذهبوا إلى إبطال كل عقد أو التزام تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم سواء تضمنت صيغة ما يدل عليه أم كان أمراً باطنياً معنوياً وإن جاز ألا يحدث أو أن يتبدل؛ وذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر محظور محرم ولم يجعله الشارع وسيلة إلى ذلك وفي تصحيحه إعانة على المعصية والإعانة عليها بأى طريق محظور. وقد قال عليه السلام: «وإنما لكل امرئ ما نوى» وهذا عام يعم العبارات وغيرها من المعاملات والأقوال والأفعال وهو دليل على أن من اتخذ البيع وسيلة إلى الربا فقد قارف الربا وليس يعصم منه صورة البيع ومن نوى بالزواج التحليل كان تيسراً مستعاراً كما دل على ذلك الحديث.

واختلف في ذلك فقهاء التشريع الوضعي، فمنهم من ذهب هذا المذهب ومنهم من خالفه فذهب إلى أن الباعث الدافع إليها يجب أن يكون مشروعاً وإلا كانت الكفالة باطلة، غير أنه يشترط لذلك أن يكون الدائن عالماً بعدم مشروعية الباعث الدافع أو على الأقل كان في مكتبة ومن السير عليه أن يتبينه والألم يفسد الالتزام وقد اشترط الفقه والقضاء هذا الشرط طلباً لاستقرار المعاملات وحماية للشقة المشروعة، وعموم المادة (١٣٦ مدني) يقضي بأن التشريع المصري يأخذ بالرأى الأخير إذ تقضى بأن كل التزام إرادى يجب أن يكون له سبب مشروع ومن ذلك الكفالة^(١). وهاك نص المادة ١٣٦ مدني:

«وإذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان له سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

حكم الكفالة:

يستعمل الفقهاء حكم العقد في معنى من المعاني الثلاثة الآتية:

١- ما يوصف به العقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له أو إلى نهيه عنه فيقولون في هذا المعنى حكم هذا العقد أنه واجب أو مندوب إليه أو حرام أو مكروه أو مباح، وعلى هذا الأساس يختلف حكم عقد الكفالة بحسب ما يصاحبه من ظروف فإذا كان في إعانة على خير كان مندوباً إليه كأن تكفل من يطلب مالاً في سبيل بر، وأنت ترى من حاله أنه قادر بعد حين على الوفاء به وفي كفالاته إعانة له على هذا البر والخير، ويكون واجباً إذا كفلته في مال يسد به جوعاً يؤدي به إلى المخرصة.

ويكون حراماً إذا كفلته في مال يريد إضاعته في المحرمات، ومكروها إذا ما كفلته في مال يريد إنفاقه فيما لا حاجة به إليه، ويرى الشافعية أنه سنة في حق قادر عليه آمن من عائلته إذا كان في دين لم يتفق في شر.

٢- ما يوصف به العقد من وصف يرجع اعتبار الشارع له وعدم اعتباره أو إلى ما له من قوة ملزمة لطرفيه، وفي ذلك قد توصف الكفالة بأن حكمها البطلان لفقدان شرط من شروط انعقادها أو بأن حكمها الفساد لفقدان شرط من شروط صحتها فيقال أنها باطلة أو فاسدة؛ وذلك لأن الشارع لا يعتبرها في هذه الحال ولا يترتب عليها أثراً.

(١) راجع التأمينات الشخصية والعينية للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٩، ٧٠.

ويقال أنها صحيحة لاعتبار الشارع إياها بأن رتب عليها آثارها كما يقال أيضا أنها نافذة أو موقوفة إذا ترتب عليها آثارها أم لم ترتب.

وعلى هذا الأساس يقال على العموم أن عقد الكفالة غير لازم من جهة المكفول له فيستبد بفسخها وإنهاؤها وذلك بإبرائه الكفيل من الكفالة لأنها خالص حقه ولازم بالنسبة للكفيل فلا يستبد بفسخها ولا بإنهاؤها إلا برضا المكفول له - وليس بتوقف شيء من ذلك على رضا المكفول عنه - وهذا حكم متفق عليه لا يخالف فيه فقيه، وعلى ذلك فهي عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كالرهن فإنه عقد لازم بالنسبة إلى الراهن وحده وعلى هذا أيضا التشريع الوضعي.

وقد استثنى من ذلك كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له بايع فلانا وأنا كفيل بالثمن فأجاز الحنفية للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة، وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لا يقع في الضرر، ولا يشترط أن يعلم بذلك المكفول عنه، ويعد من الرجوع أن ينهائه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها، فقد جاء في «الهندية عن التارخانية» ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن^(١)، وكذلك يصح للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها، ففي الهندية: ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر، ثم علل ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلية^(٢)، ونقل ذلك عن «الاختيار وشرحه المختار» وفيه: ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر، ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر^(٣). والفرق أن السبب في النفقة لم يتجدد في رأس الشهر بل تجب في الأشهر كلها بسبب واحد «هو العقد» وسبب الأجرة في الإجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلية، ولأن النفقة في الزوجية تجب بالعقد بشروط وجوبها وقد جازت الكفالة بها استثناء قبل أن تصير ديناً في الذمة بفرضها وحلول وقتها مع أن وجوبها في ذمة الكفيل منوط بوجوبها وثبوتها في ذمة الزوج، وعلى ذلك كانت الكفالة بها عند إنشائها في معنى

(١) التارخانية جـ ٣ ص ٢٧٢.

(٢) الهندية جـ ٣ ص ٢٨٩.

(٣) المختار جـ ٢ ص ٦٥.

الكفالة المضافة إلى وقت ثبوتها في ذمة الزوج وهي لازمة لا يجوز للكفيل الرجوع عنها تنزيلا للنفقة المستقبلية في هذه الحالة منزلة الدين الحال لتحقق سببه وهو العقد.

أما كفالة الإجارة فهي كفالة لدين لا يثبت إلا باستيفاء المنفعة والعقد فيها الذي هو السبب يتجدد بتجدد الوقت فلا تعد الأجرة دينا وجد سببه عند إنشاء الكفالة ومن ثم كانت كفالة بدين مستقبل لم يتحقق سببه فكانت مضافة في معناها وجاز فيها الرجوع قبل الوقت أي قبل وقت الوجوب والشروط التي اشترطوها في جواز الرجوع عن الكفالة بالدين المستقبل يتأتى تحقيقها في هذه الكفالة؛ ذلك لأن إجارة الأعيان مشاهرة - مثل أن يؤجره داره كل شهر بكذا - صحيحة لازمة في الشهر الأول فقط دون بقية الشهور التالية لأنها في الشهر الأول منجزة وفي غيره مضافة وفي لزومها خلاف فلكل من العاقدين حق الفسخ، وذلك عند تمام الشهر ويجب أن يكون بمحض من صاحبه، والفساد فيها لجهالة المدة. ويثبت حق الفسخ في الليلة الأولى من الشهر ويومها وبه يفتى وقيل في أول ساعة منه ومشى عليه القدوري^(١).

وكما يجوز أن يرجع عن الكفالة بالدين المستقبل يجوز له أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا ما رجع قبل تحقق الشرط الذي علقت عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك، ويدل على هذا ما في «الفتح» عند كلامه على قول الكفيل ما بايعت فلانا فعلى، قال ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء^(٢). ولكن لا يجوز رجوع الكفيل عن كفالة بدين مؤجل لأنها كفالة قائمة فعلا وإنما صح رجوعه في الكفالة المستقبلية؛ لأن لزوم الدين إنما يكون بعد المبايعة واستحقاق مطالبة الكفيل، فأما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح لذلك رجوعه؛ يوضحه أننا بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للضرر عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت على كفالتك حين بايعت هذا الرجل وقد اندفع هذا الضرر حين نهاه عن المبايعة أو حين رجع عن الكفالة فأعلمه برجوعه^(٣)، ويفهم من عبارات بعض الكتب الأخرى أنه لا يشترط في صحة الرجوع أن يرجع وينهاه عن المبايعة بل يكفي فيه أحدهما.

(١) راجع الدر المختار رواية ابن عابدين ج ٥ ص ٣١.

(٢) الفتح ج ٥ ص ٤٠٤.

(٣) البحر ج ٢ ص ٢٢٨.

رأى المالكية:

والمالكية يجوزون للكفيل أيضا الرجوع في الكفالة المترتبة على المعاملة وهي الكفالة المعلقة عليها وظاهر «المدونة» أنه يشترط في صحة الرجوع إعلام المكفول له^(١) وفي المدونة قال شخص لآخر دأين فلانا فما دأيته فعلى فلم يدأينه حتى أتاه فقال له لا تفعل فإنه قد بدا لى أكون ذلك له أم لا؟ قال نعم حتى إذا دأينه لم يلزمه شيء لرجوعه عن كفالته قبل المداينة^(٢).

رأى الزيدية:

وكذلك رأى الزيدية فقد صححوا الكفالة بما سيثبت في الذمة وهي الكفالة المعلقة نحو ما بايعت فلانا فأنا ضامن وجعلوا للكفيل أن يرجع عنها قبل ثبوت الدين، وأوجبوا أن يكون ذلك في مواجهة المضمون له كما في فسخ العقود وإن كان ذلك في غيبة المكفول عنه^(٣).

رأى الحنابلة:

وكذلك أجاز الحنابلة للكفيل أن يرجع عن ضمان ما يشول إلى الوجوب قبل وجوبه لعدم اشتغال ذمته عند الرجوع - وسكتوا عن اشتراط إعلام المكفول له بذلك^(٤)، وفي منتهى الإرادات وإذا قال: ضمنت لزيد ما يدينه بكرة أو ما يقر به أو ما يثبت له عليه صحت الكفالة وله إبطال هذا الضمان^(٥) قبل وجوب الحق لأنه إنما يلزم بالوجوب، ويؤخذ من هذا أن الضمان يبطل بموت الضامن قبل وجوب الحق.

أما الشافعية والشيعة فقد علمت أنهم لا يجوزون الكفالة بدين لم يجب

بعد.

(١) راجع الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٨٩ والفتح ج ٥ ص ٤٠٤ والهندية ج ٣ ص ٢٧٢ والبحر ج ٦ ص ٢٢٨ والدسوقي ج ٣ ص ٢٣٤.

(٢) المدونة ج ١٧ ص ١١٠.

(٣) المتزع ج ٤ ص ٢٦٩.

(٤) كشف القناع، ج ٢ ص ١٧٦.

(٥) يلاحظ أن الكفالة في هذه الصور ليست كفالة بدين مستقبل وإنما هي كفالة بدين قبل ظهور وجوبه وليس يبدو أن يفترق عن الدين الظاهر الثبوت والظاهر من التعليل أنها كفالة بدين مستقبل وأن المعنى ضمنت ما سيدأين به فلانا أو ما سيقر به أو ما سيثبت عليه بسبب معاملة مستقلة. منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٠٨.

التشريع الوضعي:

وأما القانون المدني فقد نص في مادته ٧٧٨ على جواز الكفالة بالديون المستقبلية بشرط أن يحدد فيها المبلغ المكفول به كما قدمنا ونصها: «تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي، على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له في أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ، أى وذلك حتى لا يترتب على الرجوع ضرر».

وقد أجازت الفقرة الثانية للكفيل أن يرجع عن كفالته في أى وقت ما دام أن الدين المكفول به لم ينشأ، وهذا إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته تنتهى بانتهائها، أما إذا عين مدة لكفالته كأن كفّل لمدة سنة من اليوم تنتهى كفالته بانتهائها فلا يجوز للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن كفالته ولو كان رجوعه قبل نشوء الدين. والحكمة في جواز رجوع الكفيل عن كفالته بالدين، المستقبل قبل نشوئه أن الكفالة لا تنشأ في الواقع ولا يعد الكفيل ملتزما إلا بعد نشوء الدين وعلى ذلك لا تعتبر الكفالة قد تمت؛ وذلك لعدم وجود محلها وهو الدين المكفول به. ولعدم تمامها جاز للكفيل أن يرجع فيها ولكن بشرط أن يعلن المكفول له برجوعه قبل أن يتورط في الإدانة بناء على الكفالة. وهذا الشرط وإن لم يصرح به في المادة المذكورة إلا أن الغرض الذي هدف إليه المشرع من منح الكفيل حق الرجوع قبل نشوء الدين هو تمكينه من مراعاة حاله المالية وحال المدين قبل أن يتورط في الالتزام وهى حالة قد تتطور وتتغير بعد إقدامه على الكفالة إلى ما يدعوه إلى العدول عنها وتلك كما يرى حماية استثنائية للكفيل، ولا يجوز أن يتخذ من هذه الحماية سبيلا إلى الإضرار بالدائن وهذا إذا لم يحدد الكفيل مدة لكفالته، أما إذا حدد مدة لكفالته فإنه بهذا التحديد قد التزم التزاما محدد الوقت أمام الدائن فلا يجوز له العدول عن هذا الالتزام؛ شأنه شأن إيجاب محدد الوقت في عقد من العقود إلزاما له بالتزامه، وفي رأى أن الالتزام بالكفالة قد تم بالارتباط به والتعاقد عليه بين الكفيل والمكفول له في الحالين، فلا يجوز التفرقة بينهما في الرجوع فإذا جاز للكفيل أن يرجع في إحداهما كان الواجب كذلك أن يرجع في الأخرى ما دام الدين المكفول به لم ينشأ بعد، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية^(١).

(١) قد يفرق بين الحالين بأن الكفيل حين تعيينه مدة لكفالته قد يتأني له أن يتعرف عن حاله وظروفه المالية وظروف المكفول عنه ففى تلك المدة وبناء على ذلك حددها، أما عند الإطلاق فليس من اليسير عليه أن يحيط بظروفه في مستقبل غير محدود فكان له حق الرجوع إذا رأى أن حاله تستوجب ذلك.

٣- الأثر المترتب على العقد - وقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على الكفالة من آثار.

فذهب أهل الظاهر والشيعة وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو انتقال الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين فلا يكون للدائن أن يطالبه بالدين وإنما يطالب به الكفيل وحده.

وذهب الجمهور إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المكفول عنه مع بقاءه شاغلا لذمة المدين «المكفول عنه» فيكون كل منهما مطالبا بالدين.

وذهب فريق من الحنفية إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو ثبوت حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به مع بقاء هذا الدين شاغلا لذمة المدين المكفول به مع بقاء حق مطالبة به ومع عدم شغل ذمة الكفيل به. وقد بينا ذلك فيما مضى، وفصلنا دليل كل رأى وما يوجه إليه من نقد. ويتضمن هذا أن نفصل القول في بيان حدود التزام الكفيل بالنسبة لهذه الآراء الثلاثة.

فعلى الرأى الأول - رأى الشيعة وأهل الظاهر - يترتب على الكفالة أولا براءة ذمة المدين الأصلي من الدين نهائيا، فلا يرجع عليه الدائن سواء أكانت الكفالة بأمره أم بغير أمره؛ وذلك عند أهل الظاهر إلا في صورة واحدة وهى ما إذا قال المدين للكفيل اضمن عني ما لهذا من الدين على فإذا أديت عني فهو دين لك على فعندئذ يكون له أن يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه بقوله فإذا أديت فهو دين على؛ وذلك قرض صحيح له أن يرجع به عليه حال حياته وأن يرجع به بعد وفاته في تركته إذا أدى، أما في غير هذه الحال فلا يرجع الضامن على المدين حال حياته ولا في تركته بعد وفاته بشيء أبدا، وهذا عند أهل الظاهر. أما عند الشيعة الجعفرية فإن له حق الرجوع على المدين إذا أدى الدين عنه وكانت الكفالة بأمره كما سيأتى بيانه.

ثانيا: انتقال الدين إلى ذمة الكفيل بحالته ووجوب أدائه عليه ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المدين الأصلي ولا أن يطالبه بشيء من هذا الدين لسقوطه عنه ولا أن يطالب ورثته من بعده ليؤدوه من تركته سواء انتصف فوفى الدين أو لم ينتصف فلم يؤد إليه شيء، وهذا عند أهل الظاهر والشيعة جميعا.

وانتقال الدين بحالته إلى ذمة الضامن إذا كانت الكفالة به مطلقا، أما إذا كانت مقيدة أو مشروطة بشروط فإنه يتنقل إليها مع مراعاة هذه الشروط عند الشيعة.

وعلى ذلك إذا كان الدين حالا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم انتقل إلى ذمة الكفيل مؤجلا وذلك لرضا الدائن بتأجيله.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فكفله حالا انتقل إلى ذمته حالا لاتفاقهما على إسقاط الأجل؛ غير أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا إذا أدى فعلا وانتهى الأجل الذي كان للمدين وكان للضامن حق الرجوع بأن كانت الكفالة بأمر المدين على ما سيأتي بيانه.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فضمه إلى أجل أزيد أو أنقص.

وإذا ضمن الحال مؤجلا فتسوفى حل هذا الدين بوفاته وليس لورثته للرجوع على المضمون إلا بعد الأداء وانقضاء الأجل.

وليس لوفاة المضمون اعتبار في حلول الدين.

ومن الشيعة من يرى عدم صحة كفالة الحال مؤجلا وعدم صحة كفالة المؤجل حالا ومنهم الشيخ الطوسي^(١).

ولعل وجه ذلك أن هذا تغيير للدين، وإنما ينتقل بالكفالة ما كان في ذمة المدين من دين على وضعه، والظاهر أن ذلك مذهب أهل الظاهر أيضا لذهابهم إلى عدم جواز تغيير وصف الدين من حلول إلى تأجيل أو من تأجيل إلى حلول بناء على أن ذلك اشتراط لشرط ليس في كتاب الله^(٢).

وبناء على ما تقدم يكون للدائن حق مطالبة الكفيل بأداء الدين في محله «أي في أجله» دون نظر إلى حال المضمون من ناحية المقدرة على مطالبة أو عدم المقدرة على ذلك، ودون نظر إلى قدرته على الوفاء أو عدم قدرته بل ليس للدائن مطالبة المدين الأصلي المضمون بالدين لبراءة ذمته بالنسبة له، وليس له أن يرجع عليه بشيء إذا لم يتصف من الكفيل متى كانت الكفالة صحيحة مستوفية لشروطها ومنها ملاءة الكفيل أو علم الدائن بعسرته عند الشيعة.

ومذهب أهل الظاهر والشيعة في ضمان المال قد يرى أنه يشبه إلى درجة ما يعرف في التشريع الوضعي بالحلول الاتفاقى وهوما نص عليه في المادة ٣٢٧ مدنى ونصها:

(١) توفي سنة ٤٦١ هـ.

(٢) المحلى ج٤ ص ٨٤.

«الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء».

فإن هذه المادة تحيز أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يوفيه دينه قبل فلان ويحل محله في هذا الدين سواء أقبل المدين ذلك أم لم يقبل، وليس يجوز أن يكون هذا الاتفاق بعد وفاء الدين بل يجب أن يكون معه أو سابقاً عليه وبناء عليه يوفى الأجنبي الدين ويحل محل الدائن فيه وفي كل ما لهذا الدين من خصائص وما يلحقه من توابع. وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي آذاه من ماله من حل محل الدائن «٣٢٩ مدني» أو بالقدر الذي سقط من الدين نتيجة قيامه بالوفاء بناء على هذا الاتفاق.

وقد علمت أن أهل الظاهر لا يجعلون للضامن حق الرجوع على المدين بما يوفى، وهذه هوة كبيرة بين مذهبهم في الضمان وبين الحلول في التشريع الوضعي ويجعلون الضامن متبرعا بالوفاء ملتزماً به، وكذلك الشيعة يوجد فرق كبير بين مذهبهم في الضمان وبين الحلول، فلأنهم وإن جعلوا للضامن حق الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة والأداء بأمره - على ما سيأتي - لا يحلون الضامن محل الدائن فيما كان لدينه من خصائص وتوابع وتأمينات.

ثم يلاحظ مع هذا أن الحلول في التشريع الوضعي لا يتحقق إلا بوفاء الدين فعلاً بينما أن انتقال الدين إلى الضامن عند هؤلاء يتحقق بمجرد نشوء الالتزام بين الدائن والضامن.

ولكن الظاهر أن مذهب الشيعة يتفق مع طريقة تجديد الدين بتغير المدين فإن هذا التجديد ينهي الالتزام الأصلي وينشئ مكانه التزاماً جديداً بتغيير المدين فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلي دون أن يكون له خصائص هذا الالتزام وتوابعه وتأميناته - وقد نصت المادة (٣٥٦ مدني) على أنه «يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك» ثم نص في المادة ٣٥٨ على أنه «لا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد سواء أكانت عينية أم شخصية».

والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه -

أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقل أن يكون هو المدين الجديد. «م ٣٥٢ مدني» وليس من شك في أن المدين الجديد يكون له بذلك حق الرجوع على المدين الأصلي نتيجة لما تقضى به القواعد العامة.

رأى الجمهور:

وعلى رأى الثانى وهو رأى الجمهور يترتب على الكفالة كما قلنا شغل ذمة الكفيل بالمدين المكفول به فيصير ملتزما به مع بقاء التزام الأصيل به.

وعلى ذلك يتحدد التزام الكفيل بما كان يلتزم به الأصيل مع مراعاة ما تضمنه عقد الكفالة مع بيان وشروط لأن الكفيل لا يلزم إلا بما يلتزم به الأصيل وعلى ذلك يجب أن يكون التزامه فى حدود ما التزمه بعقده، فلا يتجاوز التزامه هذه الحدود فإذا ضمن جزءا من الدين لم يلزم بغيره من الأجزاء الأخرى. وإذا كفل بالدين لفلان على أنه ألف جنيه، فظهر أنه ألفان لم يلزم إلا بألف فقط كما أن كفالة بالدين لا تتناول ما يغرم الدائن فى سبيل مطالبة الأصيل به أو مقاضاته به ونحو ذلك من النفقات.

التشريع الوضعى:

وخالف فى ذلك القانون المدنى إذ تنص المادة ٧٨١ منه على أنه «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة بالدين تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل؛ وعلى هذا يسأل الكفيل عن الفوائد وعن الشرط الجزائى إن وجد وعن التعويضات الناشئة عن تأخير الوفاء وعن نفقات المطالبة بالدين سواء أكانت موجهة إلى الأصيل أم إلى الكفيل وعن نفقات التنفيذ؛ غير أنه يلاحظ أن الكفيل إنما يسأل عن نفقات المطالبة الأولى الموجهة إلى الأصل وهى المصروفات التى ينفقها الدائن فى بداية الإجراءات كنفقات التنبيه بالدفع ونفقات رفع الدعوى، أما النفقات الأخرى التى تنفق بعد قيام الدعوى فلا يسأل عنها الكفيل إلا إذا كانت بعد إخطاره بحصول مطالبة المدين.

وكذلك لا تتعدى الكفالة ما حدد لها من زمن إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل ولا ما حدد لها من وقت إذا كانت مؤقتة بوقت تنتهى بانتهائه كما بينا ذلك عند كلامنا على إضافة الكفالة وتوقيتها، وكذلك يراعى فيها تعليقها إذا ما علقت على شرط فلا يعد الكفيل كفيلًا إلا بعد تحقيق هذا الشرط، فإذا علق الكفيل كفالاته على تقديم العميل رهنا وافيًا بالدين أو على وفاة المدين لم يلزم بشيء إلا بعد تحقق ذلك.

حكم الكفالة بالدين مع الإطلاق،

وإذا كان الدين المكفول به مؤجلا فكفله الكفيل كفالة مطلقة لزمه مؤجلا، ولا يجوز أن يطالب به في الحال، وكذلك الحكم إذا كان حالا لزمه حالا ولا يتأجل بالنسبة إلى الكفيل بعد ذلك إلا باتفاق خاص مستقل بينه وبين الدائن، وتأجيله للكفيل بناء على ذلك ليس تأجيلا للأصيل.

في كفالة الدين المؤجل حالا أو مؤجلا أبعد أو أقل من أجله،

مذهب المالكية،

إذا كان لشخص دين مؤجل في ذمة آخر فأعطاه المدين كفيلا على أن يؤخره دينه إلى أبعد من أجله بأن كان الدين مؤجلا شهرا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى شهرين لم يجز ذلك عند مالك إلا بشرطه. أما إذا حل الأجل أو كان الدين حالا فكفله شخص على أن يكون مؤجلا إلى أى أجل قريب أو بعيد فذلك جائز وإنما لم تجز الكفالة في الحالة الأولى لأن التأخير إلى أجل أبعد يعد سلفا جر منفعة للدائن هي توثيق دينه بالكفالة من الآن إلى حلول أجله الذي كان مؤجلا إليه ولم يكن موثقا في هذه المدة. أما الحالة الثانية فهي بمنزلة من أسلف سلفا عن ظهر يد وأخذ به كفيلا وذلك جائز.

وإذا كفله شخص على أن يوفيه الآن أو قبل حلول أجله فذلك جائز؛ إذ لا تهمة حيثئذ، كما لو كفله على وضعه وليس فيما تقدم إلا أنه عجل الدين قبل أجله وزاد حمالة وذلك لا بأس به.

جاء في «المدونة»: قلت رأيت إن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل على أن يوفيني الدين قبل محل الأجل. قال: لا بأس بذلك لأنه لا تهمة ها هنا وكذلك الرهن، وكذلك إن أعطاني حميلا أو رهنا قبل محل الأجل على أن يعطيني حقي عند محل الأجل أيجوز ذلك أم لا؟ قال: لا بأس به، قلت: رأيت إن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل وكان ديني عليه إلى ستة فأعطاني كفيلا بحقي إلى ستة أشهر؟ قال: هذا لا بأس به لأن هذا لا تهمة فيه؛ ألا ترى أنه عجل الدين الذي عليه قبل محل الأجل وزاد مع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك^(١).

هذا ما جاء في المدونة وإذا لوحظ أن هذا النص مطلق كانت كفالة الدين المؤجل إلى أجله أو إلى أقل منه أو كفالته حالا جائزة دون أن يقيد ذلك بقيد.

(١) المدونة ج ١٣ ص ١٢٢.

ولكن جاء في الخرشي وغيره كالشرح الكبير أن ضمان الدين المؤجل حالا إنما يلزم ويصح بشرطين: أحدهما إذا أسقط المدين حقه في الأجل؛ لأنه إذا لم يسقط المدين حقه في الأجل لم تصح الكفالة لأن الكفالة انضمام في دين المدين، ودين المدين مؤجل فلا يكون حالا في ذمة الكفيل، بينما هو مؤجل في ذمة الأصيل. ثانيهما أن يكون هذا الدين مما يقضى على الدائن بقبوله الوفاء عند تعجيله لأنه إذا كان مما لا يقضى على الدائن بقبوله الوفاء المعجل كأن يكون طعاما أو عروضا من بيع فلا يجوز ضمانه حالا، وإن تنازل المدين عن حقه في الأجل؛ لأنه لو جاز الضمان في هذه الحال فأدى الدين فإن قبل الدائن الوفاء كان في ذلك حط الضمان وأزيدك. والخط هنا بالتنازل من الدائن عن الأجل والزيادة بالتوثيق على أساس أنه قد لا يحصل الوفاء فعلا بعد الضمان، وإن لم يقبل الوفاء كان في ذلك إضرار بالكفيل يشغل ذمته إلى الأجل وهو لم يرض بذلك.

وقد صورت مسألة ضمان المؤجل حالا بما يأتي: أن يكون لشخص دين مؤجل قبل آخر فأسقط المدين حقه في الأجل وضمنه الكفيل على الحلول فإن هذا الضمان يصح ويلزم. ويظهر من هذا التصوير أنه يشترط في صحة ضمان المؤجل حال نزول المدين عن حقه في الأجل حتى يكون ذلك من قبيل ضمان الحال حالا، ومحل هذا إذا كان الدين مما يقضى بقبوله تعجيله كما تقدم.

رأي الشيعة وأهل الظاهر:

ذلك مذهب المالكية، ومن الشيعة من ذهب مذهب المالكية في عدم جواز كفالة المؤجل حالا وذلك أيضا هو مذهب أهل الظاهر على ما يظهر.

رأي الحنفية:

وذهب الحنفية إلى جواز كفالة المؤجل حالا ويقتصر الحلول على الكفيل.

رأي الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى صحتها أيضا ولكن لا يصير بها الدين حالا بل يكون مؤجلا على الكفيل أي ويلغى وصف حلوله، وعندهم احتمال آخر بصحة كفالته حالا ويبقى حلوله على الكفيل.

أما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال: قول يتفق مع الحنفية، وآخر يتفق مع الحنابلة، وقول بعدم صحتها كالمالكية.

كفالة الدين الحال مؤجلا

إذا كان لشخص دين حال في ذمة آخر فكفله كفيل على وضعه فالكفالة صحيحة باتفاق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم كما قدما. أما إذا كفله على أن يكون مؤجلا فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

ذهب الحنفية إلى أن كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا صحيحة، وعند ذلك يتأجل على الكفيل والأصيل جميعا إلى الأجل الذي أجل إليه الدين في ظاهر الرواية. وروى ابن سماعة عن محمد إلى أن التأجيل يقتصر على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا على الأصيل؛ ذلك لأن عقد الكفالة إنما تضمن تأجيلا على الكفيل فقط فيقتصر عليه كما إذا كان التأجيل له بعد عقد الكفالة؛ إذ لا فرق بين الحالين في أن ما تم الاتفاق عليه بين الدائن والكفيل هو تأجيل الكفيل دون تعرض لتجاوز هذا الأجل إلى الأصيل فيبقى الدين عليه كما كان.

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة نفسه، وإذا كان في عقد الكفالة وهو يقتضى إثبات الدين في ذمة الكفيل كان الأجل صفة للدين وتغير به وصفه ووضعه فصار بسبب ذلك مؤجلا عليهما جميعا؛ لأنه دين واحد تغير وصفه بعقد تم بين الدائن والكفيل بخلاف تأجيله على الكفيل بعد عقد الكفالة؛ لأنه حين ثبت في ذمته ثبت حالا، فإذا أجل بعد ذلك كان ذلك اتفاقا على تأخير المطالبة لا على إثبات دين مؤجل في ذمة الكفيل. والفرق بين هذه الحال وحال كفالة المؤجل على أن يكون حالا إذ يبقى مؤجلا على الأصيل وحده أن الدائن لا يملك إسقاط الأجل على الأصيل والزامه بالدين حالا دون التزامه بذلك بخلاف إرجاء الدين والامتناع عن المطالبة إذ يملك ذلك الدائن لأنه خالص حقه.

وذهب الحنابلة إلى أن كفالة الدين الحال مؤجلا صحيحة ويكون التأجيل مقتصرا على الكفيل ويبقى حالا على الأصيل، وإلى هذا ذهب الشافعي في أصح القولين عنده. والقول الآخر عنده عدم صحة كفالة الحال مؤجلا؛ لأن الكفالة التزام ما في ذمة الأصيل، وما في ذمة الأصيل دين حال لا مؤجل. ووجه القول الأول ما رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ كفل ديننا حالا مقداره عشرة دنائير على أن يكون مؤجلا شهرا. ولأن الكفالة عقد تقتضى إثبات دين في ذمة الكفيل فيثبت في ذمته على الوصف الذي تم عليه التعاقد، ولا مانع من أن يكون الدين في ذمة أحدهما مؤجلا وفي ذمة الآخر حالا وذلك حاصل في كثير من المسائل عند وفاة أحدهما والدين مؤجل إذ يحل بالنسبة له فقط.

وذهب المالكية إلى أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلا لأنه يعتبر سلفا بكفيل في الحال غير أنه يشترط لصحته أحد شرطين:

أحدهما: أن يكون المدين موسرا ولو في أول الأجل فقط وذلك لكي لا يصير سلفا جر نفعاً وهو محظور؛ ذلك لأنه لو كان معسرا في أول الأجل فإن تأجيله يعد سلفا جديداً وكان التوثيق في هذه الحال نفعاً جره هذا التأجيل؛ إذ الظاهر أنه لولا التوثيق ما كان التأجيل ولما كان الدين ثابتاً قبل التوثيق بالكفالة وكان المدين معسرا لم يكن الدائن متمكناً حينئذ من استيفاء الدين وكان من الجائز أن يتوى عليه، فإذا وثق في هذه الحال بكفيل كان ذلك نفعاً له نظير تأجيله اندين أى نظير إقدامه على ما يعد إقراضاً من جديد، وكانهم أغفلوا مراعاة أن ذلك يعد إقراضاً جديداً بكفيل؛ لأنه لم يكن في الواقع إقراضاً مبتدأ في الحقيقة حتى يقال إنه ابتداء سلف بكفيل؛ وذلك للابتعاد عن الشبهة. أما إذا كان موسرا في أول الأجل فإن الدائن يكون قادراً على الاستبقاء منه في الحال فلم يكن له في التوثيق عندئذ نفع.

ثانيهما: أن يكون معسرا في أول الأجل بحيث لا يظن يساره فيه عادة وإنما صحت الكفالة في هذه الحال لأن التأجيل فيها كعدمه لوجوب أنظار المدين فيها إلى ميسرته بنص الكتاب فلم يكن الأجل عندئذ في معنى إقراض جديد بأجل، وإلى هذا ذهب ابن القاسم.

أما إذا كان يظن يساره عادة في أثناء الأجل فلا تجوز الكفالة لإمكان استيفاء الدين عند يساره لو لم يؤجله فإذا أجله إلى ما بعد ذلك الوقت وأخذ كفيلاً فإن تأجيله إلى ما بعده يعد سلفاً في نظير أنه أخذ كفيلاً بالدين من الآن وهذا نفع له. أما إذا كان موسرا كل المدة أو معسرا كل المدة فإن التهمة في أخذ الكفيل مع التأجيل تكون معدومة؛ لأنه في حال اليسار لم يكن في حاجة إلى التوثيق وفي حال الإعسار مرجأ إلى اليسار فلم يكن بحاجة إلى التأجيل - وعليه إذا صحت الكفالة بتوافر أحد شرطيهما تأجل الدين بها على الأصيل والكفيل جميعاً - وعند الشبهة العبرة بأول الأجل ولا نظر إلى العادة استصحاباً للحال^(١).

والنتيجة أن تأخير الدين على الأصيل تأخير على الكفيل وتأخير الكفيل للأصيل تأخير على الأصيل إلا إذا نص على أنه خاص بالكفيل وحده.

(١) الخرشي ج ٥ ص ٢٥.

الخلاصة:

جواز الحنفية والحنابلة والشافعية على أصح القولين والشيعة الجعفرية والزيدية كفالة الحال مؤجلا، وعندئذ يقتصر التأجيل على الكفيل عند الحنابلة والشافعية والشيعة والزيدية، ويتجاوزة عند الحنفية إلى الأصيل في ظاهر الرواية خلافا لرواية أخرى. وعند الشيعة وكذلك أهل الظاهر وفي قول عند الشافعي لا تجوز كفالة الحال مؤجلا.

وعند المالكية - يجوز ضمان الحال مؤجلا بشرط: يسار المدين أول الأجل أو إعساره بحيث لا يفى يساره في أثناء المدة ويرون أن التأجيل على الكفيل تأجيل على الأصيل.

كفالة المؤجل حالا:

رأى الشيعة: تجوز كفالة المؤجل حالا كما تجوز بأجل أقل أو بأجل أزيد ومنهم من لا يجوز ذلك، وربما كان ذلك مذهب أهل الظاهر، ويستمر كما كان على الأصيل لأنه لم يلتزم بوصف آخر - فلا يتجاوز ذلك الكفيل.

رأى الحنفية: تجوز كفالة المؤجل حالا ويقتصر ذلك على الكفيل.

رأى الحنابلة: تجوز كفالة المؤجل إلى أجل أقرب وأبعد وهو رأى للشافعي أيضا.

أما ضمان المؤجل حالا فتصح ولا يصير بها الدين حالا فيلغى الوصف ويبقى مؤجلا. وهناك احتمال بالصحة، كما يصح ضمان الحال مؤجلا والقولان عند الشافعية.

رأى الشافعية: تجوز كفالة المؤجل حالا ولا يلزم الحلول وثبت الأجل في حق الكفيل تبعا للأصيل. وقيل تصح حينئذ ويلزمه الحلول وقيل لاتصح مطلقا.

ويرى المالكية جواز كفالة المؤجل حالا أو إلى أجل أقرب بشرط تنازل الأصيل عن الأجل. وإن كفه إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يصير قرضا جر نفعا وفي «المدونة» كفلا دينا مؤجلا على أن يوفيه في محله أو إلى أدنى من ذلك جاز - ابن يونس إنما لا يجوز ذلك - أي إلى أدنى من الأجل أو على أن يكون حالا إذا كان الحق مما يجوز تعجيله. أما إن كان عرضا أو حيوانا من بيع فلا يجوز لأنه فيمعنى حط الضمان عني

وأزيدك أى كأن المدين طلب أن يحط الضمان عنه بالتعجيل نظير زيادته توثيقا بالكفالة.

أما ضمان الحال مؤجلا فلا يجوز إلا إذا حل الأجل بأى سبب لأنه بحلوله استحق استيفاء دينه فتأخيره كابتداء سلف بجميل، وهذا جائز. أما إذا لم يحل فأخره إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يكون سلفا جر نفعا.

والنتيجة عند المالكية، أن ضمان الحال مؤجلا جائز مطلقا بشرطه، أما ضمان المؤجل إلى أجل أبعد لا يجوز؛ لأنه قرض جر نفعا وضمانه إلى أجل أقرب أو حالا جائز إذا كان مما يجوز تعجيله. أما إذا لم يكن مما يجوز؛ تعجيله فلا يجوز لأنه حط الضمان وأزيدك (جـ ٩٨/٥ بالهامش الموافق).

في تأجيل الكفالة والمدين

تأجيل المدين وتأجيل الكفيل؛

مذهب المالكية؛

إذا كان لشخص دين قبل آخر وبه كفيل فأجله على الأصيل كان ذلك تأجيلا للكفيل أيضا إلى الأجل نفسه غير أنه يجوز للكفيل أن يعترض على ذلك ويعارض في التأجيل بحجة أنه يخاف أن يفلس المدين ويذهب ماله أثناء الأجل، ويخير الدائن بين أمرين إن شاء أصر على التأجيل ولا كفالة له وإلا بطل التأجيل إلا أن يرضى به الكفيل كما جاء في المدونة: أرايت إن كان لى على رجل حق وقد أخذت منه كفيلا فلما حل الأجل أخرت الذى عليه الأصل أيكون ذلك تأخيرا عن الكفيل أيضا؟ وما الحكم إن أخرت الكفيل أيكون ذلك تأخيرا للذى عليه الأصل؟ قال: أما إذا أخر الغريم «الأصيل» فهو تأخير للكفيل إلا أنه إذا أخر الذى عليه الأصل فقال الحميل: لا أرضى لأنى أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان له ذلك ويكون صاحب الحق فيه بالخيار إن أحب أن يؤخر الذى عليه الحق ولا حمالة له على الحميل فذلك له، وإن أبى لم يكن له ذلك إلا أن يرضى الحميل، وتأجيل الأصيل تأجيل للكفيل أيضا. أما إذا سكت الحميل وقد وصل إلى علمه تأجيل المدين الأصيل فإن الحمالة تلزمه. وأما إذا لم يعلم بتأجيل الأصيل حتى

حل الأجل الذي أجل إليه فإن للحميل أن يحلف الدائن بالله ما أخر مدينه ليبراً للحميل من حمالته، فإن حلف لزم الحمل حملته وإن أبى بطلت حمالته.

وإذا أخر الحمل كان ذلك تأخيراً للأصيل إلا أن يحلف الدائن ما كان ذلك منى تأخيراً للحق عن صاحبه ولا كان ذلك منى إلا للحميل، فإن حلف كان التأخير للحميل فقط وكان له أن يطالب صاحب الحق، وإن أبى أن يحلف لزمه التأخير بالنسبة إلى كل منهما؛ ذلك لأنه لو وضع عن الحمل حمالته لكان له أن يتبع صاحب الحق إذا قال إنما أردت وضع الحمل وأتباع غريمي فالتأخير بمزلة.

وقال سحنون: إذا أخر الغريم وهو ملئ موسر تأخيراً بينا سقطت الحملالة وإن أخره وهو فقير معدم لا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله القيام على الكفيل وله أن يكف عنه - وإلى هذا ذهب أيضاً بعض المالكية - ذلك ما جاء في «المدونة» بتصرف^(١). والظاهر أن قوله فيما تقدم فلما حل الأجل لا يراد منه تقييد هذا الحكم بأنه في دين مؤجل حل بل هو والدين الحال ابتداء سواء. وهذا ظاهر.

مذهب الجمهور:

وذهب الحنفية والزيدية إلى أن إقدام الدائن على تأخير الدين للأصيل تأخيراً للكفيل أيضاً؛ لأن الكفيل بمزلة التبع للأصيل فإذا أجل الدين على الأصيل تأجل على الكفيل أيضاً إذا لا يطالب الكفيل بكسر عما يطالب به الأصيل. أما تأجيل الدين للكفيل فيقتصر عليه ولا يتأجل على الأصيل بذلك. وذهب بقية المذاهب إلى أن تأجيل الدين لأحدهما لا يعد تأجيلاً للآخر منهما سواء في ذلك الكفيل والأصيل.

التشريع الوضعي:

أما القانون المدني فإنه يقضى بأنه إذا استبدل بالمدين المكفول عنه مدين آخر برئت ذمة الكفيل، (م ٣٥٨ مدني)، وكذلك إذا أحيل الدائن المضمون إلى شخص غير المدين الأصيل برئت ذمة الكفيل (م ٣١٨ مدني) وكذلك إذا قبل شخص أن يتحمل الكفالة إلى وقت محدد لم يجز أن يتجاوز التزامه ومطالبته ذلك الوقت، كما يجب مراعاة الوقت الذي حدد لنشوء الكفالة والوقت الذي حدد لبراءة ذمته منها.

(١) المدونة ج ١٣ ص ١١٦، ١١٧.

وقد تضمنت المادة (٣٨٠ مدني) أن الكفالة لا تجوز في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المكفول عنه ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول عنه، ولكن تجوز بما هو أقل قدرا وبشروط أخف، وعلى ذلك إذا كان المكفول عنه ملتزما بمائة جنيه لم يطالب الكفيل بأكثر من ذلك، وإذا كان الدين مؤجلا على الأصيل لم يجوز أن يكون حالا على الكفيل بل ينتظر بمطالبة الكفيل إلى حول أجله على الأصيل.

وإذا لم تصح الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصيلي المكفول فإنه يقبل مع ذلك أن يقوم الكفيل بتقديم تأمين كالرهن، ولو لم يكن بالالتزام الأصيلي رهن ما؛ ذلك لأن الكفيل لا يعد ملتزما بأكثر من الالتزام الأصيلي إذا ما التزم ذلك، ولا بشروط أقسى؛ إذ كل ما في الأمر أنه مدين قدم إلى دائته ضمانا خاصا لوفائه بالتزامه، وإذا قد بينا ما للكفالة من أثر أصلي فإنه يتبع ذلك آثار أخرى نبينها فيما يأتي:

ما للدائن المكفول له من حقوق:

إذا تمت الكفالة كان للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله عليه دون أن يتقيد في ذلك بتعذر مطالبة الأصيل، وله أيضا مطالبة الأصيل كذلك عند حلول الدين عليه، فإذا كان حالا عليهما كان له الخيار إن شاء طالب الكفيل بكل الدين وإن شاء طالب الأصيل به أيضا، وإن شاء طالبهما به كله في وقت واحد، وإن شاء طالب كلا منهما بجزء منه دون أن يتقيد في ذلك بقيد من القيود، غير أنه لا يستوفى الدين إلا مرة واحدة من أحدهما أو منهما جميعا، فلا يجوز له أن يستوفى كل الدين من كل منهما؛ إذ ليس له إلا دين واحد ولأن أداء واحد منهما يبرئ ذمة الآخر مما أدى، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية، وأساس ذلك أن ذمة كل منهما مشغولة بالدين جميعه فكان له مطالبه أيهما شاء اجتماعا وانفرادا، وهذه أيضا رواية عن مالك جرى عليها العمل في بعض البلاد.

وفي رواية أخرى عنه ليس للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كانه حالا والأصيل حاضر موسر ليس ذا لد في الخصومة ولا مماطل في الوفاء - وكذلك إذا كان الأصيل غائبا وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة. وهذا إذا لم يكن قد اشترط على الضامن أن يأخذ بالحق أيهما شاء الأصيل أو الضامن أو أن يتقدم الضامن في الوفاء على الأصيل؛ وذلك لأن الدين إنما وجب ابتداء

(١) راجع الدكتور عبد الباقي، التأمينات. والوسيط للدكتور السهوري باب انقضاء الالتزام.

على الأصيل، والقضاء على الضامن بالدين لو قضى به عليه قضاء على الأصيل، ولم يكن ضمان الكفيل إلا للتوثق. والتزام الدائن بالدين حيثئذ أقرب إلى إنهاء الخصومة وأيسر وأقل عناء، وإذن فلا موجب حيثئذ لإزعاج الضامن بمطالبته والتنفيذ عليه في ماله، وذلك اعتباراً بحال المرتهن، فكما أنه لا سبيل له إلى الرهن إلا عند عدم^(١) الراهن وامتناعه عن الوفاء فكذلك لا سبيل إلا الكفيل إلا عند عدم المكفول عنه.

أما في غير هذه الأحوال فيحق للدائن مطالبة الضامن لالتزامه بالدين وحاجة الدائن إلى ذلك كما يحق له مطالبة الأصيل أيضاً. وهذه الرواية هي التي رجع إلى القول بها مالك وبها أخذ ابن القاسم وابن وهب واختارها ابن رشد وهي أظهر الروايتين في المذهب^(٢) وعليه العمل في القضاء.

وإذا شرط الضامن على الدائن في ضمانه ألا يؤخذ الحق منه إلا إذا مات المدين معدماً، أو إلا إذا افتقر أو إلا إذا جحد الدين صح هذا الشرط عند المالكية ولزم فلا يكون للدائن مطالبة الضامن إلا على أساس هذا الشرط وتحققه.

وإذا تنازع الضامن والدائن في يسار المكفول عنه فقال الضامن إنه موسر وقال الدائن إنه معسر، فالرأي الراجح عند المالكية أن القول قول الدائن وعلى الضامن أن يقيم البينة على يسار المدين وملاءته وذلك لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»، فيجب بذلك غرمه حتى يثبت ما يسقطه وهو يسار المدين.

وإذا ادعى الكفيل أن الدائن يعرف ملاءة المدين ويسره وإنما ينكر ويكابر فيه حلف الدائن على ذلك، فإن حلف ألزم الكفيل. وللدائن رد اليمين على الكفيل، فإن حلف برئ من المطالبة، وقيل: إن القول قول الكفيل عند التنازع في يسر المدين ويصدق بلا يمين؛ لأن الغالب على الناس الملاءة وعلى الدائن عبء إثبات عسره، وهذا قول ابن القاسم واختاره بعض المالكية، وعند عدم إقامة البينة على عسره لا يطالب الضامن؛ لأنه (أي الضامن) مصدق في يسر المدين ولا يطالب المدين في هذه الحال لإقرار «الدائن» بعدمه إلا أن يقيم الدائن البينة على عدمه أو يتجدد له مال بعد ذلك فيطالب عندئذ، وفي «الواضحة»: قال ابن القاسم: «ليس على الحميل سبيل حتى يبدأ الدائن بالمدين، وذلك عند النزاع في يسار المدين»^(٣).

(١) العدم والعدم الفقر.

(٢) بدائع ج٢ ص ١٠ نهاية ج٤ ص ٤٣ مغنى ج٥ ص ٨٣ متزق ج٦٧، الدردير والدسوقي ج٣ ص ٣٣٨

والخرشي ج٥ ص ٣٣.

(٤) منح الجليل ج٣ ص ٢٥٩ وص ٢٦٠.

وإذا كفل الدين أكثر من واحد فإن كفل به كل واحد منهم يعقد منفرد كان الحكم بالنسبة لكل واحد منهم كالحكم فيما سبق فيكون للدائن قبل كل واحد منهم من الحقوق ما له قبل الكفيل المنفرد الواحد؛ لأن كل واحد كفيل بكل المال فلا يؤثر في ضمانه أو يضمه غيره إذ يجوز أن يضم المال الواحد كثير، وإلى هذا ذهب القانون المدني أيضاً، (المادة ٢/٣٩٢) إلا عندما يحتفظون بحق التقسيم بينهم، وإن كفّلوا بالدين يعقد واحد فذلك الحكم على قول عند الشافعية إذ يعد كل منهم كفيلًا بكل الدين، وفي قول آخر ينقسم الدين عليهم حسب رؤوسهم لأن الضامن للدين مجموعهم فصاروا في ضمانه شركاء وهو ينقسم عليهم فوجب أن ينقسم عليهم، فإن كانوا ثلاثة طوّل كل واحد منهم بثله وإن ضمّه اثنان طوّل كل واحد منهما بنصفه وهكذا، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية أيضاً، وبه أخذ القانون المدني، (المادة ٧٩٢) إذا كانوا غير متضامين فيما بينهم، غير أن المالكية قد اشترطوا في ذلك ألا يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض فإذا اشترط ذلك عليهم كان له أخذ جميع حقوقه من أحدهم إن غاب غيره أو افتقر فصار معدماً، أما إن حضروا جميعاً أملياً فإنه يتبع كل واحد منهم بحصته فقط حسب انقسام الدين عليهم.

وجملة القول في هذه الصورة إن الأحوال فيها أربع:

١- أن يتعدد الحملاء وليس بعضهم حميلاً عن بعض ولم يشترط الدائن عليهم أخذ أيهم شاء بكل دينه، وفي هذه الحال لا يؤخذ كل واحد منهم إلا بحصته من الدين إن أعدم المدين مطلقاً أو كان موسراً وهو غائب، ولا مال له حاضر، أو له مال حاضر لا يمكن التنفيذ فيه أو كان ذا لد في الخصومة.

٢- أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل واحد منهم صاحبه ولم يشترط عليهم الدائن أخذ أيهم شاء بكل دينه، وفي هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إن غاب الباقي أو أعدم مع مراعاة غيبة المدين أو إعدامه أيضاً على ما تقدم وإلا أخذ المدين وحده.

٣- أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل منهم صاحبه واشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء. وفي هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً - وللغرام في هاتين الحالتين الثانية والثالثة أن يرجع على أصحابه كما يكون له الرجوع أيضاً على الغريم.

٤- أن يتعدد الحملاء ولم يضمن بعضهم الآخر ولكن اشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء. وفي هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بكل الدين ولو كان غيره حاضرا مليئا، ولكن لا يكون للغارم أن يرجع على أصحابه لأنه ليس ضامنا وإنما يكون له حق الرجوع على المدين فقط^(١).

وعند الشيعة إذا تعدد الضامن فضمن إثنان أو أكثر الدين في وقت واحد بعقد واحد صح الضمان وانقسم الدين عليهم كما هو الرأي عند غيرهم، وإن ضمنه كل منهم يعقد صح ضمان الأول منهم فقط؛ لأنه ضمان صادف ذمة مشغولة يدين ولم يصح ضمان من بعده لأن ضمانه صادف ذمة برئت من الدين بالضمان السابق.

وفي القانون المدني يجوز للدائن أن يطالب كلا من المدين والكفيل، ولكن لا يحق له مطالبة الكفيل بالوفاء إذا كانت مطالبة المدين الأصلية ممكنة، فإذا امتنعت امتنع تبعاً لذلك مطالبة الكفيل، ولذا كان التأجيل للأصيل تأجيلاً للكفيل، ولكن قد تجوز مطالبة المدين الأصلي ولا تجوز مطالبة الكفيل. وذلك كما إذا كان للكفيل أجل ليس للأصيل كأن كان له هذا الأجل لاشتراطه في عقد الكفالة أو لغير ذلك من الأسباب؛ لأن التأخير الذي يخص به الكفيل لا يتمتع به الأصيل.

وإذا كانت مطالبة الأصيل ممكنة جاز للدائن مطالبة الكفيل إذا لم يكن الدين مؤجلاً بالنسبة له على أن تكون بعد مطالبة الأصيل وعجزه عن الوفاء أو معها، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين الأصيل وذلك بناء على المادة (٧٨٨/ فقرة ١ مدني) إذ تنص على أنه: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. وهي تدل بمفهومها على أنه يجوز للدائن أن يرجع عليهما معا ولو لم يسبق ذلك رجوعه على المدين الأصلي. والمراد بالرجوع فيها مخاصمته أمام القضاء ومطالبته بالوفاء. وكذلك اشترطت هذه المادة (فقرة ٢) ألا ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق - وإذا كان يجب عليه التمسك بهذا الحق ليدفع التنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين من أمواله، جاز التنفيذ على أمواله إذا لم يبد ذلك لاعتباره حينئذ متنازلاً عن حقه في طلب التجريد، وكذلك تجوز مخاصمته وحده إذا لم يدفع ذلك

(١) منح الجليل ج ٢ ص ٢٦٧، والدسوقي ج ٣ ص ٣٤٣ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٤ والمغني ج ٥ ص ٩٥ والبحر ج ٦ ص ٢٦٣ وتحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٣.

بوجوب البدء بمخاصمة المدين أو بإشراكه معه في المخاصمة إذ الخطر عليه في هذه الحال أقل من الخطر عليه في الحال السابقة، فإذا عد سكوته عن طلب التجريد تنازلاً وقبولاً لمخاصمته في هذه الحالة مع ما هو معرض له من خطر حين ذلك، فأولى أن يعد سكوته في الحال الثانية قبولاً لمخاصمته، وتنازلاً عن حق مخاصمة المدين معه، وبناء على ذلك فليس يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين الأصلي، حتى إذا لم تبق له بقية بعد تجريده منها جميعها نفذ على أموال الكفيل ما دام أن الكفيل قد تمسك بحقه في ذلك. وهذا ما يسمى في التشريع الوضعي بحق التجريد.

وإذا تعدد الكفلاء الذين كفلوا الدين بعقد واحد، فقد ذكرنا أنه لا يلزم كل منهم إلا بحصته من الدين بعد قسمته عليهم ما داموا غير متضامين، ولكل منهم حق التجريد بالنسبة لحصته أيضاً، وعلى ذلك فليس للدائن أن يطالب أياً منهم إلا بحصته وذلك بعد مطالبة المدين أو معها، وليس له أن ينفذ على أمواله إلا بقدر هذه الحصة وذلك بعد ملاحظة حقه في طلب التجريد إذا تمسك به إلا إذا كان متضامناً معه فإنه حيثئذ يحرم من حق التقسيم فينفذ عليه في أمواله بكل الدين بناء على تضامنه مع المدين ومن كفله، كما يحرم كذلك من حق التجريد بناء على هذا التضامن.

ومن هذا يرى أن ما ذهب إليه القانون المدني يتفق في روحه وفي بعض شروطه مع مذهب المالكية على الرواية الثانية.

«فيما للكفيل من حقوق»:

ما للكفيل من حق قد يكون له قبل الدائن، وقد يكون له قبل المدين المكفول عنه، وقد يكون له قبل كفيل آخر.

فيما للكفيل قبل الدائن من حقوق:

جاء في الحديث أن الكفيل غارم، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالاته عبناً يدعو إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا بحق غيره - وبناء على ذلك أعطى للكفيل الحق في أن يطلب إلى الدائن المضمون له عندما يفلس الأصل أن يطلب منه بيع مال الأصل ليوفى منه دينه أو مما يخصه منه وذلك قبل الرجوع عليه - إن كان للأصل غرماء آخرون - على أن يدفع للدائن ما يبقى له من دينه قبله إن كان له بعد هذا الوفاء بقية منه.

وثبت هذا الحق للضامن مشروط بأن يكون الضمان بإذن الأصيل، أما إذا كان قد ضمن بغير إذنه فلا يحق له هذا الطلب؛ لأنه وقد ضمن بغير إذنه وطن نفسه على ألا يرجع على الأصيل بشيء عند قيامه بالوفاء، وإذن يكون ضياع ما يخص الدائن من مال الأصيل إذا ما ضاع عليه لا يترتب عليه إلزامه بشيء لم يوطن نفسه عليه، وهذا مذهب الشافعية.

كما ذهبوا أيضا عندما يكون الضمان بإذن المدين إلى أنه يحق للضامن إذا ما توفي الأصيل قبل الوفاء عن تركة أن يطالب المضمون له بأن يأخذ منها ما يقضى بدينه أو ما يخصه منها عند المزاومة أو يبرئه ليتجنب بذلك احتمال تلفها وعدم الرجوع فيها إذا ما وفى الدين من ماله. أما إذا لم يكن الضمان بإذن فلا يحق له هذا الطلب كما في الحال السابق، وقال بعض الشافعية: لو قيل بأن له هذا الحق في هذين الحالتين لم يبعد هذا القول عن الصواب حتى لا يناله ضرر فيهما إلا أن يقال بأنه مقصر في كفالته بدون استئذان المدين الأصيل^(١).

وكذلك ذهب المالكية إلى أن للضامن إذا ما طالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتي:

أولاً: أن يدفع بأن المدين حاضر موسر فلا يحق للدائن مطالبته إلا بعد مطالبة المدين، وظهور عجزه عن الوفاء أو أن الوفاء من ماله متعذر بسبب من الأسباب، فإذا تبين أن المدين حاضر موسر، ولا يتعذر الوفاء منه لم يكن للدائن حق مطالبة المدين على أشهر الروايتين عن مالك، وهى الرواية التى رجع إليها فى آخر حياته كما بينا.

ثانياً: أن يدفع بأن للمدين مالا حاضرا يمكن الوفاء منه من غير مشقة، وإن لم يكن المدين حاضرا، فإذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته على هذه الرواية.

كما جعلوا له أيضا حق الاعتراض على تأجيل الدائن الدين للمدين عند يساره ويكون له فى هذه الحال أن يخير الدائن بين أمرين:

إما إبراءه من الكفالة وامضاؤه التأجيل، وإما عدوله عن التأجيل، وذلك بناء على تلك الرواية أيضا.

(١) راجع نهاية المحتاج ج٤ ص٤٤٤، ٤٤٥ والمهذب والبحر ج٣ ص٤٠.

أما عند إعساره فإنه يجب إنظاره شرعاً، وإذن لا يحق للضامن الاعتراض على ذلك، كما لا يحق له الاعتراض أيضاً إذا ما أقر الدائن مدينه عند يساره، وكان الضامن قد وصله علم ذلك ثم سكت، وكذلك إذا لم يصل إليه علم ذلك حتى حل الأجل متى حلف الدائن أنه لم يؤخر مدينه قاصداً إبطال الضمان، أما إذا طلب منه اليمين على ذلك فنكل فإن الضمان يسقط، فلا يطالب الضامن بالدين بعد ذلك.

وكما جعلوا له حق الاعتراض على التأجيل جعلوا له أن يلزم الدائن بأن يطالب المدين بالدين إذا ما حل أجله خشية أن يموت أو يفلس إذا كان المدين مليئاً قادراً على الوفاء، وإلا أسقط عند الكفالة. وذلك خشية إفلاس المدين بعد ذلك^(١) وسواء في ذلك أن يكون الضامن قد توجهت إليه مطالبة بالدين أم لم توجه - والظاهر أن المدين إذا كان قادراً على الوفاء ببعض الدين كان للضامن أن يطلب إلى الدائن مطالبته بما يقدر على الوفاء منه أو يرثه من الكفالة به لأن بعض الدين يعد ديناً مكفولاً أيضاً، وقد يطرأ الإعسار على المدين في ذلك القدر أيضاً فينال الضامن ضرر.

فيما للكفيل من حق قبل المكفول عنه:

أولاً - إذا كانت كفالته بأمر المدين كان له الحق عند الحنفية في أن يطالب المدين بتخليصه من الكفالة إذا ما طالبه الدائن بالدين؛ وذلك بأن يؤدي الدين للدائن. كما له الحق في ملازمته إذا لازمه الدائن وحق المطالبة بحبسه إذا ما طلب الدائن حبسه، وهذا كله مشروط بالألا يكون الكفيل مديناً للمكفول عنه بمثل الدين المكفول به، فإن كان مديناً للمكفول عنه بذلك لم يكن حق مطالبته بتخليصه من الكفالة ولا حق الطلب في حبسه ولا حق ملازمته؛ إذ عليه أن يؤدي دين الطالب، فإذا أدى سقط بذلك ما للمكفول عنه من دين قبله دون أن ينال الكفيل أى ضرر وذلك بطريق المقاصة.

وإنما كان له ذلك لأن المدين هو الذي أوقعه فيما صار إليه من عنت من مطالبة الدائن إياه أو ملازمته أو حبسه فكان له بسبب ذلك أن يعامله بمثل ما يعامل به.

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فليس للكفيل الحق في شيء من ذلك لأنه متبرع بها وبأداء الدين عن المدين، والمتبرع ليس له حق إلزام غيره بما التزم به؛ وهذا كله عند الحنفية^(٢).

(١) راجع الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣٨، ص ٣٣٩، ص ٣٣٨، ص ٣٤٠، ومنع الجليل ج ٣ ص ١٦٠.

(٢) راجع الزيلعي وحاشيته الشلبي وعليه ح ١٥٦ والبدائع ج ٦ ص ١١.

هذا، وليس للكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يسلم ما به وفاء الدين إليه ليوصله إلى الدائن؛ لأن الوفاء إذا وجب بحلول الدين فإنه يجب على الأصيل في ماله أو على الكفيل في ماله لا في مال الأصيل، ومن أراد الوفاء كان الوفاء من ماله وكان له ولاية دفعه إلى الدائن.

ولكن يجوز للأصيل اختياراً أن يدفع ما به الوفاء إلى الكفيل ليوصله إلى الدائن قبل أن يقوم الكفيل بالوفاء فإذا دفع الأصيل إلى الكفيل ما به الوفاء، وكانت الكفالة بأمره، فهذا على وجهين: أحدهما أن يدفعه إليه على وجه القضاء. الثاني أن يدفعه إليه على وجه الرسالة، أي ليكون رسولا من قبله في توصيله إلى الدائن لا باعتبار أنه كفيل مطالب وقد دفع إليه وفاء، حتى لا يكلف الوفاء من ماله الخاص.

فإذا كان قد دفعه إليه على وجه القضاء عنه فإنه يمتلكه بمجرد قبضه، ولا يملك المدين استرداده منه بعد ذلك، وأساس هذا - فيما يرون - أن الكفيل قد صار بالتزامه مطالبا بأداء الدين من ماله واجبا عليه وفاؤه منه - رضى أم أبى كما استوجب أمره بالكفالة أن يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا ما قام بالوفاء به وصار بسبب ثبوت هذا الحق له منذ قيامه بالكفالة كدائن للأصيل بدين مؤجل إلى وقت الأداء، وكان للمدين أن يوفيه قبل أجله شأن كل دين مؤجل، فإذا أعطى المدين للكفيل ما به وفاء دينه قبل أن يقوم الكفيل بأدائه للدائن فإنه يعتبر كأنه وفى ما عليه للكفيل قبل أجله فيملكه الكفيل بقبضه، ولا يملك المدين بعد ذلك أن يسترده لذلك، ويؤيد ذلك ما ذهبوا إليه من أنه يجوز للكفيل أن يأخذ من الأصيل رهنا بهذا الدين المكفول به فيكون لديه إلى أن يخلصه المدين من الكفالة. ومن أن الكفيل إذا أبرأ الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الدائن شيئا جاز ذلك، وترتب عليه أن الكفيل إذا أدى الدين بعد ذلك إلى الدائن لم يرجع على المدين بما أدى غير أن المدين لا يبرأ بالدفع إلى الكفيل بالنسبة إلى الدائن بل يستمر الدائن على حقه في مطالبة كل من الكفيل والمدين بالدين، فإذا وفاه الكفيل فقد برئ وبرئ المدين، وإذا وفاه المدين قبل أداء الكفيل برئ هو والكفيل من الدين، وتبين أن ما دفعه إلى الكفيل لم يكن على وجه القضاء بل كان أمانة، ولذلك كان له عندئذ حق استرداده. أما قبل ذلك فليس له الحق في أن يسترده لما ذكرنا، ولأن حق القابض له وهو الكفيل قد تعلق به على احتمال قيامه بقضاء الدين فلا يسترده ما دام هذا الاحتمال باقيا، وذلك كمن عجل الزكاة فدفعها إلى الساعى قبل وقت وجوبها: وكمن اشترى سلعة بشرط الخيار للبائع ونقد الثمن ثم أراد أن يسترده قبل

مضى مدة الخيار وقبل أن ينقض البائع العقد، إذ ليس لأحدهما ذلك؛ لأن دفع المال كان لغرض وهو أن يصير زكاة في الحال الأولى عند حلول الوقت. وثمنا في الحال الثانية بعد مضى مدة الخيار بلا نقض للعقد، وما دام هذا الاحتمال باقيا فإن حق القابض يستمر فلا يجوز الاسترداد منه.

الوجه الثاني: أن يدفع المدين للكفيل على وجه الرسالة بأن يقول له: خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب نيابة عني، وفي هذه الحال لا يصير المال المؤدى ملكا للكفيل بل أمانة في يده ولكن مع ذلك لا يكون للأصيل حق استرداده من الكفيل أيضا لتعلق حق الطالب به وهو وفاء الدين منه. وفي استرداده إبطال لهذا الحق فلا يمكن منه ما لم يقيم قبل ذلك بقضاء دينه كما في المسألة الأولى.

وقد فرعوا على ما تقدم أن الكفيل إذا اتجر فيما دفعه إلى المدين فربح قبل أن يقوم بالوفاء فإن كان الدفع على وجه القضاء طاب له الربح؛ لأنه نماء ملكه في هذه الحال وليس عليه أن يتصدق به سواء أقام هو بالوفاء بعد ذلك أم قام به المدين، غير أن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان المدفوع مما يتعين بالتعين كالعروض، فعليه أن يعطى الربح إلى المدين استحساناً. وفي موضع آخر قال: يتصدق به ولا يطيب له، أما الصاحبان فقد ذهبا إلى أن الربح يطيب له مطلقاً.

أما إن كان الدفع على وجه الرسالة فإن الربح لا يطيب له على قول الطرفين لعدم تملكه ما دفع إليه ويطيب له عند أبي يوسف إذا كان المدفوع نقوداً لعدم تعيينها بالتعين^(١).

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فإن الدفع إلى الكفيل في هذه الحال يعد على وجه الرسالة دائماً؛ إذ ليس للكفيل حق قبل المدين حتى يكون الدفع إليه قضاء عن ذلك الحق. وقد بينا حكم هذه الحال.

وذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا ضمن من غير إذن المضمون لم يجز له مطالبة بتخليصه لأنه لم يدخل في ضمان بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ١٤، والزيلعي ج ٤ ص ١٦١، ١٦٢.

وإن ضمن بإذنه فطالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بأن يخلصه؛ لأنه إذا جاز له أن يغرمه إذا غرم جاز له كذلك أن يطالبه بتخليصه إذا طوّل، وهو رأى الحنفية أيضاً، وإن لم يطالبه الدائن ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون له حق مطالبته بتخليصه لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له أن يطالبه بتفريغ ذمته، كما إذا أعاره عينا ليرهنها كان له أن يطالب المستعير بتخليصها.

ثانيهما: ليس له ذلك وهو الصحيح في المذهب لأنه لما لم يكن له أن يغرمه قبل أن يغرم لم يكن له أن يطالبه قبل أن يطالب. وهذا بخلاف مسألة العارية؛ لأن في العارية ضرراً واقعاً على المعير هو حبس العين ومنعه من التصرف فيها، ولا عليه في مجرد شغل ذمته بدين لا يطالب به.

فإن دفع المدين مالا إلى الضامن وقال له خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان: أحدهما أن الضامن يملكه بالقبض، وهو مذهب الحنفية؛ لأن الرجوع على المدين يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديم الوفاء لذلك كما إخراج الزكاة قبل حولان الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه لما قبض، وإن أبرئ المدين من الدين قبل القضاء وجب عليه رد ما أخذه كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك التصيب قبل حولان الحول.

والثاني: لا يملكه لأنه لم يأخذه بدلا عن واجب وإنما أخذه بدلا عما يجب في ثاني الحال، فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البذل فضمنه لذلك كالمقبوض على مؤم البيع^(١).

وعند مالك للضامن الحق في مطالبة المضمون بدفع ما عليه من الدين إلى الدائن ليخلص من الضمان ويجبره على ذلك سواء أطالبه الدائن بالدين أم لم يطالبه، وذلك عند حلول الدين. كما أن له أن يطالب الدائن إذا ما حل أجل الدين أن يخلصه من الضمان إذا ما سكت فلم يطلب من الأصيل الوفاء فيقول له إما أن تطلب حقا من المدين أو تسقط عني الضمان كما تقدم. وسواء في ذلك أن تكون الكفالة بإذن المدين أو بدون إذنه؛ إذ للضامن حق الرجوع على المدين في الحالين عند المالكية - كما سيأتي - وليس للضامن مطالبة المدين بتسليم ما به الوفاء إليه ليوصله إلى الدائن لأن المدين لا يبرأ بالدفع إليه، غير أنه إذا دفعه إليه فهلك عنده ضمنه للمدين إن كان قد قبضه على وجه

(١) راجع المذهب ج ١ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

الاقتضاء، واستمر للدائن حقه في مطالبة المدين - وعلى هذا لو طالبه الكفيل بذلك فدفعت إليه ما به الوفاء ثم تلف عنده أو هلك كان ضامنا له سواء أكان هلاكه نتيجة تفريط أم لا؛ لأنه قد تسلم المال على وجه القضاء. أما إن تسلمه على وجه الرسالة بأن أرسله المدين إلى الدائن بالدين ليوصله إليه فضاء منه أو تلف من غير تفريط فلا يضمنه لأنه أمين حيثئذ. والفرق بين قبضه على وجه القضاء وقبضه على وجه الرسالة أن الدفع على وجه الرسالة يكون بأداء المال إليه من غير مطالبة من الضامن وليس معه اشتراط براءة المدين من الدين، كذلك يكون في توكيله في توصيل المال إلى الدائن وأن يسلمه المال على هذا الوضع.

وجملة القول في ذلك أن قبض الكفيل المال يكون على خمسة أوجه:

الأول: أن يقبضه على وجه الرسالة، وفي هذه الحال إذا ما ظل المال قائما لدى الكفيل يكون الدائن مخيرا إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصل فله أن يتبع أيهما شاء دون أن يتقيد في ذلك بأن يكون قد اشترط ذلك أو بأن يكون الضامن معدما ونحوه، فإن تلف المال في يده وكان تلفه من غير تفريط ولا تعد فلا يضمنه الكفيل لأنه أمانة في يده، ويبقى عليه الطلب بمقتضى الكفالة حيثئذ على ما بينا في حكمها من البداء بمطالبة الأصل أو بتخيير الدائن في مطالبة أيهما شاء على اختلاف الرواية في ذلك، وإن كان قد فات المال بتفريط من الكفيل أو بإتلافه ضمنه للأصل فإن غرمه الكفيل للدائن فلا تراجع بينه وبين الأصل، وإن غرمه للأصل فلإن الدائن يبقى على حقه الثابت له بالكفالة قبل كل منهما على ما بينا.

الثاني: أن يقبضه وهو وكيل عن الدائن في ذلك - والدائن مقر بذلك - وفي هذه الحال يبرأ المدين والكفيل بهذا الدفع لسقوط الدين به، وكذلك إذا أنكر الدائن الوكالة، فقامت عليها الحجة وإلا كان القول قول الموكل وحيثئذ يكون الحميل ضامنا لما قبضه.

الثالث: أن يقبضه على وجه الاقتضاء إما بحكم حاكم على وجه يصح القضاء به كما إذا غاب الدائن وحل أجل الدين وخاف الكفيل إعدام المدين أو حدوث الفلاس، فإن للحاكم حيثئذ أن يأمره بقبض الدين، ولا تبرأ ذمة المدين بذلك بل يكون للدائن إذا حضر مطالبة من شاء منهما سواء أظل المال قائما لدى الكفيل أو فات، غير متقيد بشيء كما تقدم - ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط ويأخذ حكم هذه الحال

أيضا ما إذا طلب الكفيل المدين بالأداء إليه فدفعه إليه بناء على طلبه أو دفعه إليه من غير طلب مشروطا عليه براءة ذمته بذلك الدفع فالحكم في هذه الأحوال واحد.

الرابع: اختلافهما في صفة القبض فيدعى الكفيل أنه كان على وجه الرسالة ويدعى الأصل أنه كان على وجه الاقتضاء ولا يثبت. وفي ذلك قولان. أحدهما: أن القول قول المدين، وهو قول مالك، قياسا على قوله في القرض، وثانيهما: أن القول قول القابض، وهو قول أشهب وغيره، وهو ظاهر ما في «المدونة»، وسبب هذا الخلاف تعارض أصليين، أحدهما اتفاقهما على أن المال المقبوض للدافع ولا شيء فيه للقابض، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه، فلا يقبل ذلك منه إلا بدليل - وثانيهما أن الأصل عندما يجتمع موجب الحظر مع موجب الإباحة أن يغلب موجب الإباحة. وقد ادعى الكفيل قبضا صحيحا، وادعى الأصل قبضا فاسدا فوجب أن يكون القول قول القابض وهو الكفيل؛ لأنه إنما يدعى أمرا مباحا والأصل قد ادعى الفساد لأن الكفيل ليس له القبض نيابة عن الدائن.

الخامس: إبهام الأمر وذلك لانعدام القرائن بعد موت كل منهما، وفي هذه الحال القولان السابقان^(١).

وقال الشيعة الجعفرية إذا كان الضمان بغير إذن المدين لم يكن للضامن الحق في مطالبة المدين بشيء؛ لأنه قد تبرع عنه بأداء الدين وبرئت ذمته بذلك. وإن ضمنه بإذنه كان للضامن حق مطالبته بالدين إذا طالبه الدائن. وذهب الشيخ إلى القول بثبوت حق المطالبة له وإن لم يطالبه الدائن إذ له حق الرجوع عليه - وليس للضامن مطلقا مطالبة المدين بتسليم المال إليه قبل أن يقوم هو بالوفاء حتى ولو زعم أنه إنما يريد توصيله إلى الدائن^(٢)، وعلى هذا فليس في مطالبته بالأداء فائدة قبل أداء الضامن إلا إذا كان الغرض منها أن تكون وسيلة إلى أداء الدين إليه اختيارا.

ثانيا: حق الضامن في الرجوع على المدين؛

اجتمعت كلمة الفقهاء على أنه ليس للضامن أن يطلب إلى المدين أن يسلمه ما به وفاء الدين قبل أن يقوم بأدائه إلى الدائن، أما إذا قام بأدائه إلى الدائن وكان أداؤه إليه بنية التبرع عن المدين وعدم الرجوع لم يكن له حق الرجوع عليه اتفاقا، وإلا ففي ثبوت

(١) راجع منح الجليل ج ٣ ص ٢٦١ وما بعدها، والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٤٠.

(٢) تحرير الأحكام ج ٢ ص ٢٢٣.

حق الرجوع على المدين بما أدى أربعة مذاهب، منها مذهب لا يجعل له حق الرجوع مطلقاً ومنها مذهب يجعل له حق الرجوع مطلقاً وبين هذين مذهبان وسطان وهاك التفصيل.

المذهب الأول: ذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن فيراً بها المدين ثم لا يكون للضامن بعد ذلك حق الرجوع عليه مطلقاً سواء أكان الضامن بأمر المدين أم بغير أمره؛ لأنه قد التزم بالدين متبرعاً فلا يكون له بناء على ذلك حق الرجوع على المدين إلا إذا قال له أد الدين عني. فإنه يعد بمثل هذه العبارة وما في معناه مستقرضاً من الضامن ما به وفاء وموكلًا بإياه في أدائه إلى الدائن وبناء على ذلك يكون له حق الرجوع إذ أدى بحكم القرض لا بحكم الكفالة^(١).

المذهب الثاني: ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الكفيل إذا أدى الدين إلى الدائن غير متبرع عن المدين بل بنية أن يرجع عليه كان له حق الرجوع عليه بما أدى على التفصيل الآتي: ذهب المالكية إلى أن الضامن إذا ما قام بأداء ما به وفاء الدين المضمون ثبت له حق الرجوع على الأصل سواء أكانت الكفالة بإذن المضمون أم بغير إذنه وعندئذ يرجع على الأصل بمثل ما أدى إذا كان ما أداه الدائن من جنس الدين سواء أكان الدين مثلياً أم قيمياً، فإذا كان الدين خمسة أثواب فأداه الضامن خمسة أثواب من جنسها فإنه يرجع على الأصل بخمسة أثواب مثلها لا بقيمتها؛ ذلك لأن الضامن كالمسلف وفي السلف يرجع بالمثل حتى في المقومات، ولا يرجع في هذه الحال بأكثر من الدين كما هو واضح لأن دفع الزيادة إلى المدين يعد ربا أو هبة وفيهما لا رجوع. أما إذا كان الأداء من غير جنس الدين فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم الذي دفع كما لو كان الدين خمسة دنائير ودفع الضامن وفاء له خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب إذا لم يكن ذلك المقوم قد اشتراه الضامن من ماله، أما إذا كان قد اشتراه من ماله فإنه يرجع بثمنه ما دام أقل من قيمته بشرط ألا يكون في شرائه محاباة وإلا لم يرجع بما زاد على قيمته وهو مقدار المحاباة بل يضيع عليه مقدارها.

وإنما ثبت حق الرجوع للضامن إذا أدى لأنه قام بوفاء ما كان واجبا على الأصل فيرجع بما غرم في هذه السبيل ويثبت للضامن حق الرجوع إذا ثبت أدائه بينة أو بإقرار الدائن. أما إذا أنكر الدائن الوفاء وأقر بذلك المضمون، ولا بينة على الدائن فإن كان الضامن قد أدى في غيبة المضمون فلا رجوع للضامن عليه لتقصيره بترك الإشهاد على

(١) راجع للمحلى ج ٨ ص ١١١.

الأداء، ولعدم براءة المدين بذلك أمام الدائن. أما إذا كان الأداء يحضره المضمون فقولان:

أحدهما: لا يرجع أيضا لما سبق، والثاني يرجع لأن التقصير من المدين من ناحية أنه لم يشهد وكان عليه أن يشهد على الأداء إلى الدائن لتبرأ ذمته عند الإنكار من الدائن. والأول أقوى في المذهب لأن الأداء من الضامن والمال ماله لا مال المدين فالإشهاد حيثئذ يكون عليه لا على المدين.

هذا إذا كان الضامن قد أدى من ماله، أما إذا كان الأداء من مال للمدين بأن كان المدين قد دفعه إليه ليؤديه إلى الدائن ثم أنكر الدائن ولا بينة فإن كان الدفع في حضرة المدين فلا يضمنه الضامن ويغرمه المدين ثانيا بعد يمين الدائن، ويظل الدائن على وضعه الذي كان قبل دفع المال إلى الضامن مرة أخرى لتقصيره بعدم الإشهاد ببقاء كفالته، ولا يرجع به على المدين لعلمه بأن ذمته بريئة ولا شيء عليه للدائن - وإن كان الدفع في غيبة المدين ضمنه له لأنه أثلفه بتركه الإشهاد على دفعه، ويظل الدائن على وضعه بالنسبة إليهما.

وإذا أراد الحميل مصالحه الدائن فلإن في ذلك خلافا عند المالكية، قيل: لا يجوز مطلقا لما في جوازه من إلزام المدين بما لم يلتزم وقيل يجوز مطلقا فيصالح الحميل الدائن عن الدين بما يجوز للمدين الصلح بما عليه له؛ لأنه في منزله وساع في براءة ذمته فما جاز للغريم أن يدفعه عوضا عما عليه يجوز للحميل أن يدفعه كذلك وما لا فلا مع ملاحظة استثناء مسألتين:

الأولى: الصلح بدنانير عن دراهم أو بدراهم عن دنانير بعد حلول الأجل.

الثانية: الصلح عن طعام مسلم فيه بعد الأجل بأدنى منه أو بأجود منه فإن الصلح في هاتين المسألتين جائز للغريم وليس جائزا للضامن.

وإنما لم يجز للضامن في المسألة الأولى لما يترتب على قيام الضامن بالصلح فيها من حدوث صرف متأخر بين الضامن والمدين؛ لأن ذمة المدين مشغولة إما بدنانير وإما بدراهم على حسب اختلاف الحال، وسيرجع عليه الضامن بصرف ذلك من غير جنسه إذ يرجع عليه بما دفع من دراهم في مقابل دنانير عليه أو بما دفع من دنانير في مقابل دراهم عليه، وذلك صرف مؤخر عن وقت دفع البذل وهو ممنوع.

ولم يجز في المسألة الثانية لأن رب الدين وهو المسلم بعد أنه قد باعه للضامن قبل أن يقبضه من المسلم إليه وهو المدين وهو تصرف ممنوع؛ ذلك لأن الضامن قد تملكه بما دفعه للمسلم قبل أن يقبضه المسلم من المسلم إليه وذلك منهى عنه.

وذهب آخرون إلى رأى ثالث هو أن الصلح يجوز إذا كان بمثل على مائثل لجنس الدين. إذ يكون صلحا عن مثل جنسه أو كان بمقوم مائثل لجنس الدين أو مخالف له إذ يكون حيثئذ مبادلة بين الدين وبدل الصلح، أما إذا وقع بمثل على مخالف لجنس الدين سواء كان الدين مثليا أو مقوما فلا يجوز لما يترتب على ذلك من غرر بالضامن فيما سيأخذه من المدين. وذلك لتخيير المدين في هذه الحال بين أن يدفع الدين وبين أن يدفع ما أدى عنه فعلا. وأصح الأقوال أوسطها وهو القول الثاني.

وإذا تم الصلح بين الحميل والدائن رجع الحميل على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة المصالح عليه الذي هو بدل الصلح.

وإذا وهب الدائن الدين للضامن صحت الهبة ولكن لا تتم إلا إذا قبض الضامن الدين فعلا من المدين قبل حدوث المانع من الهبة للواهب، وبناء على هذا يكون للضامن مطالبة المدين بالدين لحلوله محل الدائن بالهبة كما يكون له كذلك مطالبته به إذا توفى الدائن وكان الضامن وارثه الوحيد فإن الدين ينتقل إليه ميراثا ويطالب المدين وفي الحالين تنتهي الكفالة.

وإذا كان الدين المضمون مؤجلا على المدين وضامنه ثم حل بالنسبة إلى أحدهما بحلول الأجل بالنسبة له لم يحل الدين على الآخر منهما ما دام أجله باقيا. كما يحل أيضا بالنسبة إلى أحدهما بموته أو فلسه قبل حلول أجله، وعندئذ يؤخذ الدين من تركته ولا يمنع من استيفائه من تركة الضامن إذا ما توفى أو فلس مع حضور المدين مليا.

وجملة القول أن الضامن إذا مات أو أفلس قبل حلول أجل الدين خير الدائن بين أن يصبر إلى أن يحل الأجل ويتبع المدين وبين أن يتعجل الوفاء ويأخذ الدين من تركة الضامن. فإذا تعجل لم يكن لورثة الضامن أن يرجعوا على المدين بما دفعوا عنه من تركة مورثهم في حال الموت، كما لم يكن للضامن في حالة الفلاس أن يرجع بما أخذ الدائن من ماله إلا بعد حلول الأجل بالنسبة للمدين أو بعد موته، وإذا كانت وفاة الضامن أو فلسه عند حلول الأجل بالنسبة للمدين. لم يكن للدائن طلب في مال الضامن إذا كان المدين حاضرا مليا وإلا كان له حق الطلب كما تقدم^(١).

(١) الخرشي ج ٥ ص ٣١ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه ج ٣ ص ٣٣٧ وما بعدها.

وذهب الحنابلة إلى أن الضامن إذا أدى الدين عن المدين بنية الرجوع عليه كان تحت ذلك أربعة أحوال.

الحال الأولي: أن يكون الضامن قد ضمن المدين بإذن المدين ثم أوفاه كذلك بإذنه وفي هذه الحال يرجع عليه سواء قال له المدين اضمن هذا الدين عني وأده عني أو أطلق فلم يقل له إلا ما يفيد إذنه بالضمان والأداء دون أن يقول له افعل ذلك عني؛ وإلى هذا ذهب مالك كما تقدم وهو مذهب: أبي يوسف من الحنفية.

الحال الثانية: أن يكون الضامن قد ضمن بإذن المدين ولكنه قد أداه بدون إذنه، وفي هذه الحال يكون له حق الرجوع على المدين أيضا وهو مذهب مالك كما تقدم ورواية عن الشافعي. وفي رواية أخرى عنه أنه لا يرجع عليه في هذه الحال إلا إذا كان قد تعذر الأداء على المدين فأدى الضامن بناء على ذلك. أما إذا كان للمدين مال ثم أدى فإنه يكون متبرعا بالأداء فلا يرجع - ويرى الحنابلة والمالكية أن إذن الضامن في الضمان يعد إذنا له في الأداء عرفا فكان له بسبب ذلك حق الرجوع ولا يعد متبرعا.

الحال الثالثة: أن يكون الضامن قد ضمن الدين بدون إذن من المدين ثم أداه كذلك بدون إذنه، وفي هذه الحال له أن يرجع على المدين أيضا وهو مذهب مالك، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يرجع، وهي أيضا رواية عن أحمد ومذهب ابن المنذر، ووجه هذه الرواية حديث أبي قتادة: إذ إنه لو كان للضامن الرجوع على المدين بمجرد ضمانه من غير إذنه ما برئت ذمة الميت بضمان أبي قتادة ولم يصل النبي ﷺ على المتوفى لشغل ذمته عندئذ بدين لأبي قتادة إذا ما أدى عنه ولكن النبي ﷺ صلى عليه قبل الأداء فدل بذلك على براءة ذمته. وقد ضمن أبو قتادة ديننا بلا إذنه. ووجه الرواية الأولى أن قضاء الضامن في هذه الحال قضاء مبرئ عن دين واجب على المدين فكان ضمان هذا الأداء عليه؛ إذ قيام الإنسان بقضاء ما هو واجب على غيره يستلزم حق رجوعه عليه ما دام لم يكن متبرعا كما هو ظاهر من واقعة الحال لعلمه بأن الميت قد توفى ولم يترك شيئا.

الحال الرابعة: أن يكون الضامن قد ضمن بدون إذن المدين، ولكنه أدى الدين بإذنه وفي هذه الحال فللضامن حق الرجوع أيضا؛ لأن إذنه بالقضاء دل على إرادته قيامه عنه فيه، وخالف في ذلك الشافعي.

ويرى الحنابلة أن الضامن إذا ما أدى إلى الدائن ما به برئت ذمة المدين بالنسبة إلى الدائن فإنما يرجع بأقل المبلغين: مقدار الدين، وقيمة ما دفعه؛ لأن الدين إذا كان أقل مما دفع كان الضامن متبرعا بالزيادة وهي غير واجبة على المدين، وإن كان الدين أكثر فإن الضامن لم يغرم في هذا السبيل إلا ما دفع فلا يرجع بأكثر منه؛ ولهذا لم يكن للضامن أن يرجع بشيء إذا ما أبر الدائن الضامن لأنه لم يغرم شيئا. وإذا أدى الضامن الدين المؤجل قبل أجله لم يرجع به على المدين قبل أجله، وإذا أحال الضامن الدائن على ثلاث كان ذلك بمنزلة أداء ما به الوفاء إليه فيرجع الضامن على المدين بالأقل مما أحال به ومن قدر الدين، سواء استولى الدائن من المحال عليه أو أبراه أو تعذر عليه الاستيفاء منه لفلس أو مطل؛ لأن الحوالة كالأقباض مبرئة لذمة المدين على ما سيأتي بيانه في الحوالة عند الحنابلة^(١).

المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا أدى ولم يكن ناويا للتبرع عن المدين كان له حق الرجوع على الأصيل إذا كان الأصيل قد أذنه في الضمان وفي الأداء فإن لم يأذنه فيهما أو أذنه في الأداء لا في الضمان لم يكن له حق الرجوع وذلك لتبرعه عند عدم الإذن بهما ولأنه عند الإذن في الأداء فقط فقد أدى بناء على ضمانه الذي تبرع به فيكون متبرعا به أيضا، ولذا إذا أذنه في الأداء فقط مشروطا عليه الرجوع كان له حق الرجوع، وسواء في ذلك أن يكون ضمانه بعد إذنه في الأداء أم قبل إذنه به. أما إذا أذنه في الضمان ثم أدى دون أن يأذنه في الأداء فإن له حيثنذ حق الرجوع على الأصيل في الأصح؛ لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه شرعا فيرجع لذلك إذ يعد حيثنذ مأذونا فيهما، وقيل لا يرجع لجواز أنه قد أدى متبرعا.

ومما يجب أن يلاحظ أن المراد بالإذن هنا هو إذن من يملك أن يوفى دينه بنفسه فليس يعتبر إذن المجنون والمعتوه والصبي الذي لا يملك التصرف في ماله، وإذا ثبت له حق الرجوع فإنما يرجع بما غرم لا بما لم يغرم فيرجع بالدين إن أداه ويرجع بما أدى إن أدى بعضه وأسقط الدائن الباقي ويرجع بالأقل مما أدى من الدين إن صالح عن الدين بخلاف جنسه^(٢).

وإذا أحال الدائن دائنا له على الضامن كان ذلك بمنزلة القبض من الضامن للمحال عليه لبراءة ذمته بهذه الحوالة فيرجع الضامن بسبب ذلك على الأصيل متى كانت الكفالة

(١) المغنى ج ٥ ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج وحاشية ج ٤ ص ٤٤٦ وما بعدها.

بالإذن وإن لم يؤد للدائن شيئاً وهذا إذا لم يبرئه المحتال، فإن أبرأه لم يرجع بشيء لأنه لم يغرم شيئاً، ورجع البلقيني أن له حق الرجوع وإن لم يغرم شيئاً؛ ذلك لأن الحق ثبت له بمجرد الحوالة فلا يسقط ببراءته من قبل شخص آخر غير الدائن ولكن المعتمد الأول، ومثل ذلك في الحكم ما لو وهب الدائن الدين للضامن فإنه لا يرجع في هذه الحال على الأصيل لأنه لم يغرم شيئاً، وهذا بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له ثانية فإنه يرجع، وإذا ورث الضامن الدين بأن كان وارث الدائن رجع به على المدين لحلولة بالميراث محل الدائن.

وإذا ادعى الضامن أنه أدى الدين فكذبه الدائن وصدقه المدين لم يرجع على المدين في الأصح لعدم انتفاعه بأدائه؛ إذ مطالبة الدائن له باقية وقيل يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته. أما إذا صدقه الدائن فإن له حق الرجوع وإن كذبه المدين لبراءة ذمته.

المذهب الرابع: أن الكفيل لا يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا أدى عنه الدين إلا إذا كانت الكفالة بأمره وإلى هذا ذهب الحنفية والزيدية والشيعة الجعفرية.

فقد ذهب الزيدية إلى إعطاء حق الرجوع على الأمر لكل من دفع مالاً إلى آخر بناء على أمر من غيره سواء أكان كفيلاً أم رسولاً، وسواء أكانت الكفالة صحيحة أم غير صحيحة، وكذلك جعلوا للكفيل حق الرجوع على المدين إذا أمره المدين بالضمان وأوفى الدين بلا أمره.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى أن الضمان إذا كان بإذن الأصيل كان للضامن الرجوع عليه إذا أدى سواء أذنه بالأداء إلى الدائن أم لم يأذنه، ولا يشترط في ذلك تعذر الرجوع على الأصيل. وإذا ضمن بغير إذن الأصيل لم يرجع سواء أدى بإذنه أم بغير إذنه^(١). وإذا رجع الضامن رجع بأقل المبلغين. قدر الدين وما دفعه للدائن أو قيمته.

وإذا أحال الضامن الدائن على آخر كان ذلك بمنزلة أدائه الدين إليه فيكون له حيثنذ حق الرجوع على من كان مديناً وهو الأصيل متى كان الضمان بإذنه، ولكن إذا أبرأ الدائن الضامن من الدين لم يكن له حق الرجوع على الأصيل، وإذا أبرأ الدائن من أحيل عليه أو تعذر عليه أن يستوفى منه لفلسه أو مطله لم يمنع ذلك الضامن من أن يرجع على الأصيل. وذلك لما قلنا من أن مجرد الإحالة بمنزلة أدائه الدين، وكذلك ذهبوا إلى أن له أن يرجع على المدين إذا أمر من جهة المدين بالوفاء وثبت له حق الرجوع

(١) المنتزع ج٤ ص ٢٧٠ وما بعدها، وتحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٧ وما بعدها.

عليه وإذا صالح عن المدين في هذه الحال بيدل وكان البدل من غير جنسه فإنه يرجع بأقل المبلغين الدين وبدل الصلح.

وذهب الحنفية إلى أن رجوع الضامن على المدين بعد قيامه بأداء ما به وفاء الدين مقيد بأمر ثلاثة:

أولها: أن يكون الضمان بأمر المدين مع ملاحظة أن يكون أمره معتبرا، وذلك بأن يكون من مدين له حق الإيفاء، فإذا كان المدين صبيا مميزا أو محجورا عليه لعتة أو سفه فلا اعتداد بأمره. أما إذا كان الصبي مأذونا له في التجارة فأمره بالضمان معتبر.

ثانيها: أن يتضمن كلام المدين ما يدل على أمر الضامن بأن يقوم بذلك عنه. كأن تقول له أذنتك بضمان هذا الدين الذي في ذمتي عني أو اضمنه وأده عني أو نحو ذلك. فإذا قال له: اضمن الدين الذي لفلان في ذمتي - ولم يقل عني أو نحوه - لم يكن له بذلك الأمر حق الرجوع عليه عند الأداء؛ لأن الذي صدر من المدين مجرد الأمر بالضمان لا الإعطاء وهو محتمل لأن يكون القصد منه أن يرجع عليه إذا أدى، ولأن يكون القصد منه طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المدين مع هذا الاحتمال، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في «إشارات الأسرار»: إذا قال مدين لرجل: اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر إلا إذا كان المأمور خليطا أو شريكا - وذلك ١١ يكون بين الأمر والمأمور في هذه الحال عادة من المعاملة أو المداينة والآنخذ والإعطاء مما يجعل مثل هذا الأمر دالا عرفا على الإنابة في هذا الحال.

وقال أبو يوسف يرجع مطلقا لأن الأداء وجد بناء على الأمر بالضمان فلا بد من اعتبار هذا الأمر فيه، واعتباره يقتضي أن يكون نائبا عنه في الأداء مطلقا.

ويرى الطرفان أن الأمر بالضمان يتضمن طلب إقراض وذلك أساس ثبوت حق الرجوع للضامن، ولا يتضمن الأمر بالضمان هذا الطلب إلا إذا تضمن ما يدل على الإنابة كلفظ «عني» فلا بد من اعتبار ذلك فيه.

وقد أورد على ذلك ما إذا قال شخص لآخر: أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فإنه إذا أدى عنه لا يرجع عليه مع تضمن الأمر لفظ «عني» ولا يرجع في مثل هذه الحال إلا إذا اشترط الضمان بأن قال له: على أني ضامن فلماذا اشترط في مثل ذلك النص على الضمان واكتفى في الكفالة بذكر لفظ عني مع أن ذكرها في مثل هذه الصور لم يفد حق الرجوع. وأجاب شيخ الإسلام في مبسوطه بأن الأمر قد طلب من

المأمور التملك في الصور كلها بمقتضى أمره؛ لأنه أمره فيها أن يؤدي عنه وأن يكون قاضيا عنه ولن يكون كذلك إلا بعد أن يصير المؤدى ملكا للأمر. إذ لا يؤدي عنه ما ليس له. ولن يكون المؤدى ملكا للأمر بأدائه فعلا للدائن أو لمن أمر بالأداء إليه. فلا يملك شيئا قبل الأداء، وإذا كان الأمر كذلك فتملك الأمر إنما يثبت له في ضمن ملك القابض؛ إذ لا يثبت الملك كاملا لكل منهما إلا في وقت واحد، وإذا أثبت في ضمنه اقتضاء له ثبت على وقفه، ومثاله. فإذا كان الملك الثابت للقابض ملكا مضمونا بالمثل ثبت للأمر مثل ذلك، وإذا كان ملكا غير مضمون بالمثل ثبت للأمر كذلك ملك مماثل لذلك وفي قضاء الدين يثبت للدائن ملك مضمون بالمثل لأنه تملكه بالدين السابق، ولذا لو ظهر أن لا دين استرد منه ما قبض وعلى ذلك يثبت للأمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك إلا القرض وكان له بسبب ذلك حق الرجوع في هذه الحال. وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل وهو الملك على وجه الصلة، ولهذا لو ظهر أن لا زكاة على الأمر لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مماثل لذلك. وهو ملك لا ضمان فيه فلا يكون له حق الرجوع إلا بالشرط. وعلى ذلك يكون الأمر في الكفالة متضمنا طلب قرض إذا تضمن لفظ «عنى» وفي الزكاة والكفارات ولا يتضمن طلب إنباه ولو تضمن لفظ «عنى»^(١).

وقد يكون الأمر بالضمان أو الكفالة للكفيل ثابتا حكما كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته في مهرها فإن له حق الرجوع في ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولى عليه والأمر في مثل هذه الحالة إليه فصارت كفالته كأنها قد صدرت من أجنبي بناء على أمره وبذلك ثبت له حق الرجوع في مال الصغير.

وبناء على ما تقدم إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يرجع الكفيل بالدين إذا أداه عنه خلافا للملك وأحمد لأنه يعد متبرعا في أدائه وإذا كانت بأمره ولم يتضمن الأمر ما يدل على النية رجع عند أبي يوسف خلافا للطرفين.

هذا، ويلاحظ عند الرجوع على الأصيل ألا يكون الكفيل مدينا له وإلا كان هناك مقاصة بين الدائنين وعند ذلك لا يرجع إلا بزيادة ما أدى إذا كانت هناك زيادة على ما في ذمته من دين للأصيل.

ثالثها: أن يكون أداء الكفيل قد ترتب عليه إبراء ذمة الأصيل، فإذا لم يترتب عليه ذلك لم يكن له حق الرجوع؛ ذلك لأن حق الرجوع قد ثبت على أساس أن

الضامن قد حل محل الدائن في الدين بناء على أنه مأمور بأدائه كما تقدم. فإذا لم يترتب على أدائه سقوط الدين لم يحل محله فيه، وعلى ذلك إذا قام المدين بالأداء قبل أداء الكفيل ولم يعلم بذلك الكفيل فأدى الكفيل الدين بعد أداء الأصيل إلى الدائن وقبضه منه الدائن ولم يعلمه بما فعل الأصيل لم يكن له حق الرجوع على المدين بما أدى وإنما يسترد ما دفعه ممن دفعه إليه^(١).

أقول: ومثل ذلك في الحكم على ما يظهر لى ما إذا بطل الدين المضمون بسبب طارئ فأداه الكفيل بعد ذلك دون أن يعلم بسقوطه فإنه في هذه الحال لا يرجع على من كان مدينا به وإنما يسترد ما أدى ممن دفعه إليه. وإذا كان له حق الرجوع فرجع على المدين فإن وفي الدين بمثله من جنسه رجع بما أدى، وأساس ذلك عند الحنفية أن الكفيل في حال أمره بالضمان وقيامه بالوفاء بناء على هذا الضمان يتملك الدين بذلك الوفاء، فإذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه. وإذا كان ما أداه أقل من الدين فإنه يتملك بقدر ما أدى فقط، أما الباقي فيسقط لتنازل الدائن عنه، ولا يجوز هنا أن يتملكه الضامن كله في نظير ما أدى تجنباً للربا بسبب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس، أما إذا وفاه بجنسه مساوياً أو وفاه بغير جنسه مطلقاً أو تصالح معه ففي كل هذه الأحوال يتملكه الضامن كله فيرجع على المدين بما ضمن وهو قدر الدين ومن ذلك ما إذا كان الدين، من النقود الجياد فأداه زيوفاً أو بالعكس، ومثل ذلك في الحكم ما إذا وهب الدائن للضامن أو كان الضامن وارثاً للدائن فورث عنه ففي كل هذه الأحوال يرجع بما ضمن وهو الدين عند الحنفية.

فيما بين الكفلاء بعضهم مع بعض:

إذا لم يكن أحدهما كفيلًا عن الآخر بأن كانوا جميعاً كفلاء عن مدين واحد فلا صلة بينهم بعضهم مع بعض، وقدمنا حكم ذلك وبيننا صلتهم بالدائن وكيف يطالبهم عند الأداء.

أما صلتهم بالمدين فهي لا تختلف عن صلة الكفيل بالمدين عند عدم التعدد فلكل منهم بالنسبة إليه ما يكون للكفيل من حق قبل المدين. غير أنه يلاحظ أن الكفالة كما قدمنا يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل عند أهل الظاهر والشيعة الجعفرية، وعلى ذلك لا يتصور تعدد الكفلاء لدين واحد إلا إذا كانت كفالتهم جميعاً

(١) شلى ج٤ ص ١٥٣.

بعقد واحد، أما إذ حدثت كفالة المدين بعقود متعدد فإن ذمته تبرأ من الدين بناء على كفالة الأول وعلى ذلك لا يلاقى العقد الثاني محلاً فيصح العقد الأول دون ما تلاه من العقود. وإذا نشأ العقدان معا بأن صدر عقد الضامن ممن وكل فيه عن آخرته وعن نفسه فقال مثلاً: ضمنت هذا الدين بصفتي أصيلاً ووكيلاً عن فلان ففي حكم ذلك تردد بين بطلان العقدين لحدوث ضمان كل منهما حال ضمان الآخر، وبعبارة أخرى حال براءة ذمة المدين بالضمان، وبين تصحيح أحد العقدتين بالاعتراع بينهما وبين تصنيف الدين بينهما - أما إذا ضمن اثنان فأكثر ديناً واحداً على التجزئة بأن ضمن كل جزءاً منه غير ما ضمنه الآخر فذلك صحيح وليس فيه إشكال^(١).

أما إذا تعدد الكفلاء وكان بعضهم كفيلاً للآخر، فتحت ذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون أحد الكفيلين كفيلاً للآخر بما كفّل به دون أن يكون كفيلاً للأصيل ثم يكفل ثالث ثانيهم ورابع ثالثهم، وهذه هي مسألة كفالة الكفيل.

الصورة الثانية: أن يتعدد الكفلاء بدين واحد عند من لا يرى براءة ذمة المدين بالضمان ثم يكفل بعضهم بعضاً فيما كفّل به.

حكم الصورة الأولى، وهي كفالة الكفيل:

يجوز أن يكفل الكفيل فيما كفّل به شخص ثالث، وذلك محل اتفاق بين الأئمة، وتسمى هذه المسألة عند الشيعة الجعفرية بمسألة «ترامى الضمان»، وعند ذلك يتحول الحق عندهم من ذمة المدين إلى ذمة الضامن الأول ثم من ذمة الضامن الأول إلى ذمة الضامن الثاني وهكذا، وفي هذه الحال إذا أدى الدين الضامن «الآخر» رجع على من ضمنه هذا الضامن لا على من هو قبله، وهكذا إلى أن يرجع بالمؤدى على الأصيل أى ليس للفرع مطالبة السابق على أصله وإن تعذر الاستيفاء من الأصيل، وإذا أبرأ الدائن أول ضامنهم برئ الجميع كما يبرأ الجميع أمام الدائن بأداء أى واحد منهم - ويجوز للمضمون أن يضمن ضامته فيما ضمنه به وعند ذلك يتحول الحق إلى ذمته، ومنع الشيخ ذلك حتى لا يصير الفرع وهو الضامن أصلاً^(٢).

(١) تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٣.

(٢) المغنى ج ٥ ص ٩١ والدسوقي ج ٢ ص ٣٣٢.

وعند الحنفية - يكون ضامن الضامن ملتزما بما التزم به الضامن فيطالبه الدائن بالوفاء كما يطالب الأصل وضامنه ولا يعتبر ضامنا للأصيل، وإنما يعتبر عندهم ضامنا للكفيل فيحق له الرجوع عليه إذا أدى إذا كانت الكفالة بأمره.

وعند مالك - رحمه الله - إذا ضمن الضامن ثالث صح ذلك وعندئذ يبدأ بمطالبة المدين إن كان حاضرا مليئا وإلا فالضامن الأول إن كان كذلك حاضرا مليئا وإلا فالثاني وهكذا.

وعند الحنابلة - إذا ضمن الضامن ثالث فقصى أحدهم الدين برئوا جميعا فإن كان القضاء من الأصل فالأمر ظاهر، وإن كان من الضامن الأول رجع على الأصل على ما تقدم ولا يرجع على ضامنه. وإن كان من الضامن الثاني رجع على الضامن الأول ثم رجع الأول على الأصل وهذا مع ملاحظة ما قدمنا من أحكام الرجوع وشروطه عند الحنابلة وما لهم في ذلك من روايات ذكرناها.

وعند الشافعية: يجوز أن يضمن الضامن ثالث لأنه يضمن دينا لازما ثابتا في الذمة فكان جائزا كضمان الضامن الأول، ولكن إذا ضمن الأصل وضامنه لم يجز لأن الأصل أصل والضامن فرع وتابع فلا يجوز أن يتقلب الأصل تابعا، ولأنه بذلك يضمن ما في ذمته فكان ضامنا لنفسه، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة أيضا^(١).

حكم الصورة الثانية:

إذا كفل عدد من الكفلاء بدين ثم كفل كل منهم الآخر بما هو كفيل به لم يصح ذلك عند الحنابلة؛ ففى المغنى لابن قدامة - ويجوز أن يضمن الحق عن المدين اثنان أو أكثر فإن ضمن كل واحد منهم جميع الحق برئوا جميعا بأداء بعضهم كما يرثون جميعا بإبراء الدائن المدين لأنهم فروع له، وإذا أبرأ الدائن أحد الضمان برئ وحده. وإذا ضمن أحدهم صاحبه لم يجز ضمانه لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل فلا يثبت مرة أخرى بضمان آخر إذ تحصيل الحاصل غير متصور. وعلى هذا فليس عند الحنابلة صلة بين الكفلاء بعضهم مع بعض عندما يكون كل منهم كفيلا للمدين؛ إذ لا تصح كفالة أحدهم للآخر عند ذلك.

وأجاز ذلك الحنفية والمالكية - وقد ذكرنا فيما مضى رأى المالكية في ذلك وأنه يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إذا غاب المدين وباقي الحملاء أو أعدموا ما لم

(١) المهذب ج١ ص ٣٤٢ والمغنى ج٥ ص ٨٥.

يشترط عليهم الدائن أن يأخذهم أيهم شاء بالدين؛ فعند ذلك يكون له حق أخذ دينه من أيهم شاء، ولو كان باقى الحملاء حاضرين موسرين. وللغارم أن يرجع على الغرماء والمدين عند ذلك وهذا إذا تحملوا الدين دفعة واحدة، أما إذا تحملوا الدين على دفعات بأن ضمن الدين كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فإن الدائن يأخذ جميع دينه ممن شاء منهم، ولو كان الباقي حاضرا مليئا سواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا، وسواء أكان أحدهم على علم بحالة غيره أم لا، ما دام أن المدين غائب أو معدم، أما إذا كان حاضرا مليئا فليس له حيثنذ إلا أخذ الدين منه أولا إلا أن يشترط أن يأخذ من شاء بالدين أصيلا أو كفيلا^(١).

وعند الحنفية - إذا كفل أناس متعددون بدين لشخص على التعاقب ثم كفل بعضهم بعضا فما آداه أحدهم بناء على أمر المكفول عنه يرجع به عليه إن شاء وعليه أن يرجع على المدين بما أدى إن كانت الكفالة بأمره إن شاء، وإن شاء رجع على أصحابه بما يخصهم من المؤدى بعد قسمته على رهوس الكفلاء جميعا فيرجع بنصفه إن كانوا اثنين وبثلثه على كل من صاحبيه إن كانوا جميعا ثلاثة وهكذا إذا كانت الكفالة بأمرهم؛ لأن حق المطالبة بكل المال قد لزم كل واحد منهم بالأصالة عن نفسه وبكفالاته عمن كفله فكان الجميع متساوين في الالتزام. وهذا بخلاف ما إذا كان هناك كفيلا كل منهما بنصف الدين ثم كفل أحدهما صاحبه فإن ما يدفعه أحدهما من الدين إنما يرجع به عند أمره بالكفالة على الأصيل، وإذا رجع صاحبه فإثما يرجع عليه بما زاد على نصف الدين ولا يقبل قوله فيه أنه آداه عن صاحبه لا عن نفسه؛ لأن ما لزمه أصالة أولى بالأداء مما لزمه بالكفالة عن الكفيل فيتقدم عليه في الأداء؛ بخلاف ما زاد على ذلك فإنه ينصرف إلى الأداء على الكفيل الآخر، وكذلك الحكم إذا قال عند الأداء إنما أودى عن صاحبي فلا يقبل منه ذلك حتى يؤدي كل ما لزمه بكفالاته الأولى.

وإذا كان الدين على اثنين مثلا كل منهما مدين بنصفه ثم كفل كل منهما صاحبه فيما يؤديه أحدهما لا يرجع به على الآخر حتى يؤدي ما لزمه في ذمته أصالة وما زاد على ذلك إن شاء رجع به على المدين صاحبه إذا كانت الكفالة بأمره، وإذن يكون الحكم في هذه المسألة كالحكم في سابقتهما عند الحنفية، وعلى ذلك لا يقبل عندهم ممن يؤدي أولا منهما أن يقول إنما دفعت عن صاحبي باعتباري ضامنا عنه لا عن نفسى حتى ولو

(١) الشرح الكبير والدسوقي عليه جـ ص ٣٤٣.

قال ذلك عند الأداء، ويجب صرف ما يدفعه إلى ما هو عليه أصالة، حتى إذا انتهى منه كان ما يزيد مؤدى عن صاحبه.

وذهب الحنابلة إلى خلاف ذلك فقالوا: إذا قال عند الأداء إنما أدفع عن صاحبي أو أقام البيعة على ذلك قبل ذلك منه ولو لم يكن قد أدى ما يخصه من الدين لأن الوفاء ينصرف إلى ما في ذمته مطلقا فيكون له حق التعيين، إذ المعتبر عند الوفاء نية الموفى التي دل عليها بعبارة.

انقضاء الكفالة بالدين:

انقضاء الكفالة قد يكون نتيجة لانقضاء التزام الأصيل وانتهائه لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا سقط الأصل سقط التبعية ضرورة، وقد يكون انقضاؤها بصفة أصلية فينتهي التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل. إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلي وعلى ذلك يكون لانقضاء الكفالة حالان:

الأولى: انقضاؤها تبعا لانتهاء التزام الأصيل.

ثانيهما: انقضاؤها بسبب لا يمس التزام الأصيل وبقائه. ففي الحالة الأولى تنقضي الكفالة إذا ما انتهى التزام الأصيل بسبب من الأسباب المنهية لالتزامه؛ لأنها إنما نشأت ووجدت توثيقا لالتزام الأصيل فإذا انتهى لم يكن محل لتوثيقه؛ إذ لا يتصور توثيق المعدوم وعلى ذلك تنتهي الكفالة في الأحوال الآتية:

١- أداء الدين - إذا وفى الدين ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وتبع ذلك حتميا انتهاء الكفالة، وإذا وفى بعضه برئت ذمة المدين مما أدى وتبع ذلك انتهاء الكفالة به وبقيت ذمة المدين مشغولة بباقيه كما تبقى الكفالة بهذا الباقي. وسواء فى ذلك أن يقوم بالوفاء الأصيل أو أجنبي متبرع أو مأمور بالوفاء - وكذلك الحكم إذا قام بذلك الوفاء الكفيل فإن ذمة الأصيل تبرأ بوفائه ويتبع ذلك انقضاء كفالته بما أدى وتحول بذلك إلى دائن للأصيل عند المالكية والحنابلة مطلقا على ما بينا، وكذلك فى حالة ما إذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية والزيدية، وفى حالة ما إذا كانت الكفالة والأداء كلاهما بأمره عند الشافعية، أما عند الشيعة الجعفرية فإن أداء الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة الأصيل؛ لأنها قد برئت بالكفالة من قبل، وكذلك الحكم عند أهل الظاهر ومن ذهب مذهبه - ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على الأصيل بما أدى عند الشيعة إذا كان الضمان بأمر المدين، كما يجوز ذلك للأجنبي إذا أدى الدين بأمر المدين ولا يجوز لهما

الرجوع إذا ما كان الأداء بغير أمر المدين لاعتبار الأداء حيثئذ تبرعا، وهو مذهب الحنفية والزيدية خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم.

٢- المصالحة عن الدين - قد يصلح المدين الدائن عن الدين وقد يصلحه الكفيل. فإذا صالحه المدين برئت ذمته من الدين بناء على هذا الصلح سواء صالحه على بدل ليس من جنس الدين أم على بعض الدين. فإذا كانت المصالحة على ما ليس من جنس الدين كانت معارضة بين المدين والدائن، اقتضت براءة ذمة المدين من الدين نتيجة أن الدائن قد تملك به مالا للمدين هو بدل الصلح، وإذا برئت ذمة المدين برئت تبعا لذلك ذمة الكفيل.

وإذا كانت المصالحة على بعض الدين فإنها في هذه الحال تعتبر اتفاقا على وفاء بعض الدين وتنازلا من الدائن عن بعضه الآخر ويكون ذلك بالاتفاق على وفاء بعضه والإبراء من الباقي، وبناء على ذلك تبرأ ذمة الأصيل من الدين جميعه بعضه بالوفاء إذا وفي وبعضه بالإسقاط، وإذا برئت ذمة الأصيل برئت ذمة الكفيل نتيجة لذلك - أما إذا لم يؤد بعض الدين المتفق على وفائه، وقد تنازل الدائن فعلا عن بعضه الآخر فإن ذمة كل من المدين والكفيل تبرأ من هذا الجزء المتنازل عنه وتكون براءة ذمة الكفيل منه نتيجة لبراءة ذمة الأصيل منه، أما الجزء المتفق على وفائه فهو جزء من الدين المكفول به وعلى ذلك تبرأ منه ذمة الأصيل وذمة الكفيل عند قيام أحدهما بأدائه على ما سبق بيانه. ومثل مصالحة الأصيل الدائن عن الدين بغير جنسه أن يعتاض به عن عروض للمدين بعقد معاوضة بين الدائن والمدين. كأن يشتري الدائن به من المدين سلعة من ماله.

وإذا كان الذي صالح الدائن هو الكفيل فإن صالحه عن الدين بغير جنسه أو اشترى به الكفيل منه سلعة من ماله، برئت ذمة الأصيل بهذا الصلح أو بهذه المبادلة وبرئت ذمة الكفيل من الدين تبعا لذلك، وكان للكفيل حق الرجوع على المدين بالدين عند الحنفية؛ لأنه تملكه بالصلح أو المعاوضة إن كانت الكفالة بأمر المدين وبالأقل من الدين وبدل الصلح أو قيمة السلعة عند غيرهم على ما بيناه سابقا في حق الرجوع، وإن صالحه على بعض الدين بجنسه فهو إنفاق كما قدمنا على إيفاء بعضه والإبراء من باقيه. وعلى ذلك تبرأ ذمة كل من الأصيل والكفيل من جزء الدين الذي تنازل عنه الدائن إلا في حالة واحدة وهي ما إذا نص في عقد الصلح على وفاء بعض الدين وبراءة ذمة الكفيل وحده من باقيه، ففي هذه الحال تبرأ ذمة الكفيل وحده من هذا الباقي أصالة ويستمر مطالبا ببذل الصلح بمقتضى كفالته وعقده، كما يستمر شغل ذمة المدين بكل

الدين، وعلى ذلك يكون كل من الأصيل والكفيل مطالبا بأداء ما اتفق على وفائه في جميع الأحوال ويكون الأصيل وحده مطالبا بالجزء الآخر في الحالة الأخيرة وإذا قام الكفيل بأداء ما اتفق عليه رجع على الأصيل بما أدى على ما بيناه في حق الرجوع من خلاف وشروط.

٣- إبراء الأصيل وهبة الدين له - إذا أبرأ الدائن الأصيل من الدين أو وهبه له أو تصدق به عليه - إذا كان فقيرا - برئت ذمته من الدين وبرئت تبعاً لذلك ذمة الكفيل لما قدمنا.

ويشترط في نفاذ الإبراء قبوله من المدين، أو وفاة المدين قبل قبوله ورده لأن الإبراء من الدين تمليك له. فيتوقف على القبول. وكذلك الحكم في الهبة والصدقة. هذا ما جاء في (الفتح والشلبى على الزيلعي). ولكن المعروف المنصوص عليه في أحكام الإبراء من الدين وهبة الدين للمدين (من باب الهبة) أن الإبراء من الدين لا يتوقف على قبول المدين في المجلس. أما إذا رده بعد المجلس ففي ذلك خلاف قيل يرتد وقيل لا يرتد.

وأما هبة الدين للمدين فالأصح أنها أيضا كالإبراء لا تتوقف على قبوله في المجلس وتتم بإيجاب الواهب وحده، وإذا ردها المدين قبل قبوله في المجلس ارتدت. أما إذا ردها بعد المجلس ولم يقبلها فيه، ففي نفاذ هذا الرد خلاف أيضا - قيل ترتد وقيل لا ترتد، لتمامها، والقول الآخر أنها تتوقف على قبوله في المجلس^(١).

وعلى ذلك فقول صاحب العناية وصاحب الفتح أنه يشترط في نفاذ إبراء المدين قبوله في المجلس محل نظر إلا إذا أريد بذلك عدم رده واعتبار عدم الرد في المجلس قبولاً دلالة، وأن المراد بقبوله في المجلس القبول الصريح وهو اللفظي أو ما يقوم مقامه وهو القبول حكماً ودلالة وهو الذي يتمثل في السكوت وعدم الرد^(٢) - ولهذا كانت وفاة المدين قبل قبوله ورده في معنى القبول دلالة لعدم رده فيتم معها الإيراد والهبة، وهذا مبني على القول بأن الإبراء لا يرتد برده بعد المجلس؛ لأنه قد تم بالقبول دلالة في المجلس وذلك بالسكون طيلته، وإذا تم بقبوله دلالة لم يرتد برده بعد ذلك، ويلاحظ أنه لا يصح للدائن إذا ما وهب الدين للمدين أن يرجع فيها بعد قبولها من المدين.

(١) راجع تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ وما بعدها وص ٣٥١ وما بعدها.

(٢) تكملة ص ٣٥١.

وجملة القول، أن من المشايخ من جعل هبة الدين وإبراء منه بمعنى واحد وذهب إلى أن كلا منهما لا يتوقف على قبول صريح في المجلس بل يتم كل منهما بقبوله صراحة أو حكماً بأن ينتهي المجلس من غير رد على اعتبار أن ذلك يعد قبولاً دلالة أو حكماً^(١)، وإذا قبل كل منهما في المجلس لم يقبل الرد بعد ذلك كما في (الأشباه جـ ٢ ص ٤٣)، وإنما يعد كل منهما بالرد في المجلس قبل قبوله صراحة - وعلى ذلك إذا مضى المجلس دون رد فقد تحقق بذلك القبول دلالة أو حكماً، وعلى ذلك لا يرتد برده بعد ذلك، وهذا وجه القول بعدم قبول كل منهما الرد بعد المجلس - وهو مبني على أن كلا منهما يتوقف على القبول في المجلس صراحة أو حكماً^(٢).

وفي السراج - إبراء الطالب الأصل يتوقف على قبوله أو موته قبل القبول فيكون قبولاً حكماً.

أما القول بارتداد كل منهما بعد المجلس إذا لم يسبق قبول صريح فيظهر لى أنه مبني على أن كلا منهما إسقاط محض لا يتوقف على قبول مطلقاً ولا يقتصر على المجلس فيتم من ناحية المسقط ولكن يرتد برد المدين في المجلس وبعده^(٣)، ومع ذلك فمن المشايخ كابن شجاع من ذهب إلى أنه في هذه الحال لا يقبل كل منهما الرد أيضاً^(٤).

وإذا أبرأ الدائن المدين من الدين فرد إبراءه ارتد برده وبقي دين الدائن على حاله، وفي هذه الحال اختلف المشايخ، فمنهم من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تبرأ بإبراء الدائن لتام الإبراء بإيجاب الدائن، وعلى ذلك لا يعود الدين إلى ذمة الكفيل برد الأصل - ومنهم من ذهب إلى أن الدين يعود فيشغل ذمة الكفيل كما شغلت به ذمة المدين لأن سقوطه كان مشروطاً بالأب لا يرد المدين الإبراء فإذا رده ظهر أنه لم يسقط، وعلى ذلك إذا رد الأصل الإبراء بقي الدين في ذمته وفي ذمة الكفيل على وضعه.

وكذلك تحتاج هبة الدين للأصيل والتصدق به عليه إلى القبول على رأى كما قدمنا، وقيل تتم من غير قبول ما لم يردها وهو الأصح؛ وعليه إذا مات قبل القبول والرد نفذت الهبة وبرئت ذمة الأصل.

(١) التكملة، ص ٣٥٦.

(٢) التكملة، ص ٣٥١.

(٣) التكملة، ص ٣٥٢.

(٤) التكملة، ص ٣٥٢.

ولو حدث الإبراء أو الهبة للمدين والتصدق به عليه بعد موته كان قبول ذلك إلى ورثته ويجب عدم ردهم عند أبي يوسف لأن الإبراء للمورث بعد الموت إبراء للورثة، وخالف محمد في ذلك فلم يجعل لهم حق الرد كما لو كان الإبراء حال حياة المدين ثم مات^(١)، أما لو كانت الهبة للوارث أو الإبراء، فالقبول والرد إليه اتفاقاً، وقيل فيه الخلاف السابق لأن الهبة والإبراء لهم إنما هو للمورث^(٢) وهذا كله عند الحنفية.

وعند غيرهم إذا أبرأ الدائن الأصيل أو وهبه الدين وتم ذلك برئ الأصيل وبرئ الكفيل تبعاً له؛ لأن الكفالة وثيقة للدين، فإذا ما سقط وانتهى انتهت كالرهن فإنه ينتهي بانتهاء الدين - ولا يشترط في صحة الإبراء قبول المدين له عند الشافعية أيضاً، ويجوزون بذل العوض فيه، ولكن يشترطون في صحته علم الدائن بمقداره في المذهب الجديد، أما في القديم فرأى الحنفية لا يشترط العلم بمقداره^(٣)، وجملة القول أن براءة ذمة الأصيل تستتبع براءة ذمة الكفيل باتفاق سواء أكانت بإبراء أم بأداء أم بهبة الدين له أم بوراثته للدائن إذ يسقط الدين حيثئذ لاتحاد الذمة أو بسبب آخر، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل، فقد تبرأ ولا تبرأ ذمة الأصيل، كما إذا كانت الكفالة مؤقتة بوقت فانتهى وقتها أو وهب الدائن الدين للكفيل أو أبرأه من الكفالة.

أما إبراء الدائن للكفيل فإنه يصح ويعد تنازلاً عن الكفالة لا عن الدين وهي إسقاط محض، ولذا لا يرتد برد الكفيل ولا يتوقف على قبوله، وبناء على ذلك ذهب بعض الحنفية إلى صحة تعلقيها بالشرط شأنه في ذلك شأن سائر الإسقاطات كالعتاق والطلاق، وخالف آخرون فذهبوا إلى عدم صحة تعليقه لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات، ووفق بعضهم بين القولين بأن عدم جواز تعليقه إذا كان الشرط المعلق عليه شرطاً محضاً لا منفعة فيه للطالب أصلاً، كما إذا علقت البراءة على مجيء الغد ونحوه. أما إذا كان على شرط فيه نفع للدائن فيجوز كما إذا قال الكفيل بالنفس والمال إن وافيتك بالمدين غداً فأنا برئ من الدين وقبل المكفول له، وقد نص على جوازه في الإيضاح. وهذا توفيق يستند إلى العرف فقد جرى العرف على تعليق البراءة بشرط فيه مصلحة وغرض وعلى عدم تعلقيها بشرط لا غرض فيه ولا مصلحة بموضوعها.

(١) راجع الزيلعي والشلبى عليه ج٤ ص ١٥٦ و ١٥٧، والهداية والفتح والعناية ج٥ ص ٤١٠.

(٢) «تكملة» جزء ٢ ص ٣٤٧.

(٣) راجع نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٨ و ٤٢٩.

ويلاحظ أن إبراء الكفيل كما قدمنا لا يرتد برده وهذا يخالف حكم تأجيله عند الحفنة فإنهم يرون أنه يرتد برده فلا يلزم الدائن بعد ذلك التأجيل. وإذا كان إبراء الكفيل لا يعد إبراء من الدين بل إبراء من الكفالة فقط لم يترتب عليه براءة المدين، وكان إنهاء للكفالة ابتداء، وليس في هذا خلاف بين الأئمة؛ ولذا لا يكون للكفيل حيثنذ أن يرجع بالدين على المدين.

وأما هبة الدين للكفيل فهي تمليك محض، وتصح باتفاق ولا تتم إلا بقبولها في المجلس ولا تتوقف على قبض الدين من المدين عند الجمهور، ويرى المالكية أنها لا تتم إلا بقبض الدين من المدين قبل حصول المانع للواهب ليتحقق بذلك شرط الحوز فيها، وإذا تمت الهبة كان للكفيل بناء على تملكه الدين أن يطالب به المدين ولم يكن للدائن بعد، أن يطالب أحدهما لخروج الدين من ملكه بالهبة^(١).

٤- حوالة الدين - وإذا أحال المدين الدائن بدينه المكفول به على شخص ثالث فقبل الدائن وتمت الحوالة برئ المدين من الدين بحكم الحوالة - كما سيأتى - وبرئ الكفيل منه تبعاً لذلك، وكذلك إذا أحال الكفيل الدائن على ثالث فإن الأصل براءة بهذه الحوالة ويتبع ذلك براءة ذمة الكفيل^(٢)؛ وذلك لأن الدين ينتقل بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ويتبع ذلك براءة ذمة المدين فبراءة ذمة الكفيل.

٥- انفساخ سبب الدين المكفول به - إذا انفسخ العقد الذى نشأ عنه الدين المضمون وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين فإن التزام الكفيل ينقضى تبعاً لذلك، فإذا ضمن شخص مشترياً لسلعة بثمنها فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها برئت ذمة كل من المدين والكفيل المدين ابتداء والكفيل تبعاً.

٦- اتحاد الذمة - إذا ورث المدين الدائن فأصبح الدين له بمقتضى الوراثة برئت ذمته منه لاتحاد الذمة، إذ لا يمكن أن يكون دائناً لنفسه ويترتب على ذلك براءة ذمة ضامنه أيضاً تبعاً لذلك - أما إذا ورث الضامن الدائن فانتقل الدين إليه بهذه الوراثة فإن كفالته تنتهى ولا تبرأ بذلك ذمة المدين بل يصبح مديناً للضامن.

(١) راجع الشلبى ج٤ ص ١٥٦ والدسوقي ج٣ ص ٢٣٨.

(٢) الشلبى على الزيلعى ج٤ ص ١٥٦.

انقضاء الكفالة بسبب لا يمس التزام المدين؛

فى هذه الحال ينقضى التزام الكفيل وحده ابتداءً، ويبقى التزام الأصيل على حاله دون مساس به؛ لأن الكفالة لا تعدو أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالمدين كالرهن يرد المرتهن إلى الراهن قبل الوفاء فلا يؤثر ذلك فى بقاء الدين.

ويكون هذا الانقضاء بسبب من الأسباب الآتية:

١- مصالحة الكفيل الدائن على بعض الدين مشروطاً فيها براءة ذمته وحده من باقيه فتبرأ ذمته ابتداءً من جزء الدين الذى لم يتم عليه الصلح وتستمر ذمة المدين مشغولة به لعدم سقوطه بالنسبة له وتبرأ ذمة الأصيل بالنسبة لما تم عليه الصلح وبذلك تنتهى كفالة الكفيل بالنسبة للدين كله ويكون له حق الرجوع على الأصيل بما تم الصلح عليه أو بما غرم على حسب الخلاف فى ذلك على ما بينا فيما إذا كانت الكفالة بأمر المدين عند بعضهم أو مطلقاً عند المالكية والحنابلة.

٢- إبراء الدائن الكفيل من الدين وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على إبراء الأصيل. وأن ذلك يعد من الدائن تنازلاً عن الكفالة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن هذا الإبراء إذا تضمن تنازل الدائن عن الدين ترتب عليه براءة ذمة كل من المدين والكفيل، والواقع أن الإبراء فى هذه الحالة إبراء لكل منهما فلا خلاف - ولا يجوز للكفيل فى حالة الإبراء أن يرجع بالمدين أو بعضه على المدين لأنه لم يملكه ولم يغرم شيئاً وإنما الذى كان هو سقوط الدين أو المطالبة عن الكفيل.

٣- هبة الدائن الدين للكفيل وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على هبة الدين للمدين. وبيناً أن الضامن يملك الدين بهذه الهبة ويحل محل الدائن فيه فيرجع بالمدين على الأصيل، وبذلك لا تبرأ ذمته بهذه الهبة وإن انقضت بها كفالة الضامن.

٤- انتهاء مدة الكفالة - إذا كانت الكفالة مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلاً فانتهت المدة دون وفاء وانتهت الكفالة وبقي الدين فى ذمة المدين.

٥- تحقق شرط سقوطها - إذا نشأت الكفالة مشروطاً فيها البراءة عند تحقق شرط من الشروط كأن يكفل الدين على أن يكون بريئاً من الكفالة إذا ما حضر المدين من سفره ونحو ذلك، فإذا تحقق الشرط ولم يكن الدين قد وفى انتهت الكفالة بتحقيق شرط انتهائها - وهذا فى الواقع ضرب من الكفالة الموقوتة.

٦- وراثه الدائن للمدين إذا مات مليثا وفي تركته ما يفي بالدين؛ وذلك لانتقال تركه المدين إليه بالوراثه محمله بدينه وعلى ذلك يصير في ملكه ما به وفاء دينه فيسقط دينه لذلك، إذا لا يصح أن يكون مطالباً ومطالباً، وهذا إنما يتحقق إذا كان الوارث الوحيد، أما إذا كان معه وارث فلا يسقط من دينه إلا ما يخص حصته في التركة، وعلى ذلك يبقى الضامن ضامناً لباقي الدين.

وقد يقال أن ذلك لا يظهر بالنسبة إلى الحنفية الذين يقولون أن دين التركة يمنع الوارث من أن يملكها حتى يوفى، وعلى ذلك لا يملك الدائن من التركة بالوفاء ما به وفاء دينه.

والواقع أن هذه المسألة محل خلاف عند الحنفية فمنهم من ذهب إلى أن دين الوارث لا يمنعه أن يملك التركة، ففي «الخانية نقلاً عن المحيط» استغرق التركة بدين الوارث لا يمنع جريان الإرث في التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره - وهذا يخالف ما في «جامع الفصولين» إذ فيه ما يفيد أنه يمنع، وأنه لا يملك إلا بعد أن يوفى دينه من التركة فعلاً، وعلى هذا الرأي الأخير لا تكون وراثه الدائن للمدين في هذه الحالة سبباً لبراءة ذمة الضامن لبقاء الدائن على مطالبتة بالدين المضمون.

وفاء المدين والكفيل:

إذا توفي المدين لم يكن لوفاته تأثير في الكفالة بل تظل ذمة الكفيل مشغولة بالدين على حاله فيظل مؤجلاً إن كان مؤجلاً - ولكنه بوفاء المدين يصير الدين حالاً بالنسبة لورثته عند من يرى من الفقهاء أن الدين يحل بموت المدين مطلقاً؛ ولذلك يكون الخيار للدائن إن شاء اتبع تركه المدين في الحال فلماذا استوفى منها الدين برئت ذمة الكفيل. وإن شاء صبر حتى يحل الدين بالنسبة للكفيل فيطالبه، وهذا عند الحنفية والحنابلة. وقد ذكرنا ما للكفيل عند المالكية من حق في هذه الحالة، كما ذكرنا فيما مضى رأى الشافعية في ذلك.

وإذا توفي الكفيل لم يكن لوفاته أثر في التزامه، غير أن الحنفية والشافعية يرون أن الدين يحل بوفاته إن كان مؤجلاً بالنسبة إليه، وإذن يؤخذ الدين من تركته، ولكن لا يرجع ورثته على المدين عندما تكون الكفالة بالأمر إلا عند حلول الأجل لبقاء الأجل بالنسبة للدائن إذا ما كان مؤجلاً بالنسبة إليه أيضاً.

ويرى زفر أن الدين لا يحل على الكفيل بموته بل على الدائن أن ينتظر حلول الأجل فلا يرجع في التركة قبل حلوله.

وفي المشهور من مذهب أحمد أن الدين لا يحل بالموت إذا ما وثقه الورثة برهن أو كفيل.

وعند مالك إذا مات الكفيل أو أفلس حل الدين إن كان مؤجلا وأخذ الدائن دينه من تركته أو حاص غرماءه ولو كان المدين حاضرا مليئا وعندئذ يرجع عليه ولكن لا يرجع الورثة عليه إلا بعد حلول الأجل، أما إذا مات عند حلول الأجل أو بعده فلا يؤخذ الدين من التركة إذا كان المدين حاضرا مليئا كما قدمنا وإنما يؤخذ منها إذا كان معدما، أو لا يستطيع التنفيذ في ماله إلى آخر ما ذكرناه^(١).

أنواع الكفالة

بيننا فيما مضى أن الكفالة قد تكون بالفعل كما في الكفالة بتسليم العين ومضى حكمها، وقد تكون بالاقتضاء أى طلب المال ممن هو لديه وتسليمه إلى صاحبه دون التزام به في الذمة كما تقدم، وقد تكون كفالة بالنفس كأن يكفل إنسان آخر في حضوره مجلس القضاء في وقت معين. وأن الكفالة بالدين قد تكون كفالة مطلقة يترتب عليها شغل ذمة الكفيل بالدين والتزامه بأدائه من جميع ما يملك، وقد يكون التزام الكفيل بأداء الدين من ماله دون أن تشغل ذمته بالدين على ما بينا في الخلاف فيها من أنها لضم ذمة إلى أخرى في الدين أو لضم ذمة إلى أخرى في المطالبة. فقط دون الدين وتقدم بيان هذا، كما أشرنا فيما مضى إلى رأى من ذهب إلى أنها لنقل الدين من ذمة إلى أخرى. وقد تكون كفالة مقيدة وذلك عند اقترانها بشرط صحيح لازم. وقد مضى الكلام في حكم ذلك عند كلامنا على الاشتراط في الكفالة.

وجاء في شرح «الزيادات» للسرخسي أن الكفالة قد تكون مقيدة بمال للأصيل لدى الكفيل كان يكون للأصيل وديعة عنده قيد بها الكفالة وعند ذلك لا يلزم الكفيل بأداء الدين المكفول من ماله وإنما يلزم بأدائه من المال الذي قيدت به الكفالة (وقد جاء هذا في الفصل الثاني من أحكام الكفالة والحوالة).

(١) راجع الشرح الكبير والدسوقي ج ٣ ص ٣٣٨.

وقد تكون كفالة بالنفس كما بينا فيما مضى وتسمى الكفالة بالوجه، ويرى الحنفية جوازها بالنظر إلى من عليه دين أو قصاص أو حد قذف أو حد سرقة بلا خلاف بين الإمام وصاحبيه في ذلك إذ إنها ليست إلا التزاما بإحضار من يجب إحضاره في مجلس يجب عليه حضوره فيه، ولا تتضمن التزاما بدين المكفول إلا بالشرط كأن يقول الكفيل إن لم أحضره في وقت كذا أو في مجلس قضاء يوم كذا فعلى ما عليه من الدين فإذا لم يوف بالشرط لزمه الدين كفالة كما لا تتضمن التزاما بما وجب على المكفول من حد أو قصاص إذ لا تزر وازرة وزر أخرى.

وأثرها عند الحنفية وجوب التولية بين الطالب والمكفول في موضع يقدر الطالب فيه على إحضاره مجلس القضاء إذ يحصل بذلك المقصود بالعقد وهو استيفاء الحق بالمرافعة إلى القضاء فإذا قام بذلك انتهت الكفالة؛ ولذا لو سلمه الكفيل في صحراء لم يخرج بذلك التسليم من الكفالة ولكن لو سلمه في المصر فإنه يخرج بذلك منها وإن قيدت بالتسليم في مجلس القاضي، إذ العرض منها التسليم في مكان يتمكن فيه من إحضاره مجلس القاضي فلا يتقيد بمكان خلاف مجلسه لعدم الفائدة من التقيد.

وأو شرط في الكفالة أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر خرج من الكفالة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه، وجه قولهما أن ذلك شرط معتبر يقصد الإلزام به، فقد تكون حجة الطالب في مصر دون آخر. ووجه قول أبي حنيفة أن المقصود هو الوصول إلى الحق بالمرافعة فيه أمام قاض مختص فلا يتقيد بقاض دون آخر.

ولو تعدد الكفلاء بالنفس فأحضر المكفول أحدهم برئ الجميع إن كانت الكفالة بعقد واحد لأن المكفول فيها حيثئذ فعل واحد هو إحضاره فيتم بأحدهم، وإن كانت بعقود متعددة بعددهم لم يبرأ إلا المحضر؛ لأن المكفول حيثئذ أفعال متعددة بعددهم ففعل أحدهم لا يعد فعلا لغيره، وليس هذا كمسألة الكفالة بالدين لأن أداء اليمين يتحقق بفعل أي كفيل به فيبرأ به الأصل فيترتب على ذلك براءة الجميع^(١).

مذهب المالكية:

الضمان قد يكون بالوجه أي بذات المضمون وإحضارها وقد يكون بالطلب أي بالتفتيش على الغريم والدلالة عليه دون الالتزام بإحضاره، والأول لا يكون إلا إذا كان

المضمون مدينا حيث يكون الغرض من ضمانه إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه فلا يكون فيمن يثبت عليه قصاص أو حد أو تعزير. والثاني يكون فيمن كان مطلوباً بسبب دين ونحوه من الحقوق المدنية أو بسبب قصاص أو حد أو تعزير كأن يقول الكفيل: أنا حميل بطلبه أو على طلبه أو لا أضمن إلا طلبه أو أضمن وجهه وليس على من المال شيء أو لا أضمن إلا وجهه؛ وفي هذه لا يلزم الحميل إحضاره المضمون بخلاف النوع الأول، وقيل يشترك النوعان في إلزامه بالإحضار ويختص ضمان الوجه بتغريم الحميل ما على المضمون من الدين عند عدم قيامه بإحضاره.

ويبرأ الحميل في النوع الأول بتسليم المضمون بعد حلول الدين في مكان يقدر فيه الطالب على خلاص دينه منه بالمرافعة أمام القضاء كما يبرأ بتسليم المضمون نفسه إلى دائه بعد حلول دينه إن أمره الضامن بذلك، فإن سلم نفسه من غير أمر من الضامن أو سلمه أجنبي أو حدث التسليم في جميع الأحوال قبل حلول الدين لم يبرأ الكفيل بذلك. ولا يشترط في براءته بالتسليم أن يكون في مجلس القضاء إذا لم يشترط الطالب على الكفيل إحضاره فيه، ويبرأ بالتسليم في مكان به حاكم أو قاض وإن لم يكن بالباد الذي حدث به الضمان، ولا يبرأ بتسليمه في مكان لا سلطان فيه ولا حاكم كالصحراء. فإن لم يحضره غرم الكفيل ما على المضمون من الدين بعد تلوم خفيف كالיום إن قربت غيبة الغريم وإلا حكم عليه بالدين بلا تلوم، وهذا هو المشهور في المذهب؛ خلافا لما ذهب إليه ابن عبد الحكم من القول بعدم الضمان كما هو مذهب الحنفية وأنه لا يلزمه إلا إحضاره، ويبرأ الكفيل بتسليمه على ما بينا ولو كان عند ذلك معدماً خلافاً لمن ذهب إلى أنه لا يبرأ بالتسليم إذا سلمه مليثاً - وإنما يغرم الكفيل الدين بعدم إحضار الموقوف إذا لم يقم البينة على عدمه عند حلول أجل الدين وهو غائب، أما إذا أثبت أنه كان عند حلول الأجل معسراً فلا غرم، ولو حكم الحاكم به لأنه حكم تبين خطؤه. وخالف إن رشد فذهب إلى التغريم ولو أثبت عدمه عند الأجل كما لا غرم إذا أثبت الكفيل موت الغريم قبل الحكم عليه بالغرم؛ لأن النفس المضمونة قد ذهبت، أما إن ثبت موته بعد الحكم فالغرم ماض.

وإذا لم يحضر الكفيل الغريم غرم ما على المضمون من الدين ولو كان ذلك لجهله بمكانه أو لعدم تمكنه من إحضاره إلا أن يثبت أنه قد مات قبل حلول الدين فإنه يبرأ عند ذلك. كما يبرأ إذا لم يحضره وأثبت أنه أعدم قبل الأجل بأيام على ما ذهب إليه اللخمي خلافاً لمن ذهب إلى إلزامه بالإحضار مليثاً كان أم معسراً وهو المشهور في المذهب.

أما ضمان الطلب فليس يلزم فيه الكفيل إلا طلب الغريم بما يقوى عليه فإن ادعى أنه لم يجده صدق وحلف أنه ما قصر في طلبه ولا يعلم موضعه وغرم المال المطالب به الغريم إن فرط طلبه في الإتيان به أو في الدلالة عليه عند علمه بموضعه حتى تمكن الغريم من الهرب^(١).

مذهب الشافعية:

أصح الأقوال عندهم صحة الضمان بيد كل من استحق عليه الحضور في مجلس الحكم عند الاستعداد عليه لحق آدمي كمدين وأجير وكفيل وقن أبق لمولاه، وكذلك من عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف وتعزير لا لحق من حقوق الله كحدوده، فإن كفل بيدن من عليه دين أو لديه مال ولو أمانة لم يشترط العلم بقدره ولكن يشترط أن يكون مما يصح ضمانه فلا تصح الكفالة بيدن من عليه زكاة أو بيدن مكاتب بالنجوم^(٢).

وإذا عين فيها مكان التسليم تعين إن كان صالحاً وإن لم يعين تعين مكان الكفالة إن صلح، ويرأ الكفيل بتسليمه الغريم في مكان التسليم بلا حائل يمنعه منه كمتغلب يمنع الطالب منه وبأن يسلم المكفول نفسه مظهرها أنه يسلم نفسه براءة للكفيل ولا يكفي مجرد حضوره دون إظهار ذلك.

وإذا غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه لقيام عذره، فإن علم مكانه لزمه إحضاره عند أمن الطريق ويمهل مدة الذهاب والإياب على العادة، فإن مضت ولم يحضره حبس ما لم يؤد الدين لأنه مقصر، فلو أداه ثم قدم المطلوب كان له استرداد ما دفع، وقيل: إن كانت غيبته مسافة قصر لم يلزم إحضاره والأصح أنه إذا مات أو هرب أو توارى ولم يعرف مكانه لم يطالب الكفيل بما عليه من الدين وهو قول الحنفية وقيل يُغرم وهو قول المالكية.. والأصح أنه لو شرط في الكفالة تغريم الكفيل المال عند عدم إحضاره بطلت لأنه شرط ينافي مقتضاها وقيل تصح مع هذا الشرط^(٣).

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشيته للدسوقي عليه ج٣ ص ٣٤٥ وما بعدها والمذاق ج٥ ص ١٠٥ وما بعدها إلى ص ١١٦.

(٢) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٣١ وما بعدها.

(٣) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٣١ وما بعدها.

مذهب الحنابلة:

يجوز الالتزام بإحضار من عليه حق مالى إلى ربه سواء كان من عليه الحق حاضرا أم غائبا، فصحت الكفالة بيد من عليه دين لازم معلوم كان الدين أم مجهولا للكفيل، ولا يمنع منها أن يكون المكفول مجبوسا عند الحاكم؛ إذ المجبوس عنده يمكن تسليمه بأمر الحاكم، ولا تصح بيد من عليه حد أو قصاص.

وصحت مع اشتراط ضمان المال إن لم يحضره. ووجب الإحضار فى مكان عين فيها، فإن وقعت الكفالة مطلقة عن المكان تعين الإحضار فى مكان الكفالة - متى أحضره الكفيل فى مكان العقد أو فى المكان المعين إن عين مكان الإحضار وأحضره فى مكان آخر بعد حلول أجل الكفالة أو أحضره قبل ذلك، ولا ضرر على الطالب فى تسليمه أو سلم المكفول نفسه فى محل التسليم ووقته برئ الكفيل كما يبرأ بموت المكفول^(١).

وللكفيل إحضار المكفول ومطالبته بمصاحبه إلى الطالب إن كانت الكفالة بإذن المكفول، أما إذا كانت بغير إذنه فلا يلزم المطلوب بالحضور مع الكفيل إلى رب الدين إذ لم تشغل ذمته بذلك، وإذا كان المكفول غائبا، أمهل الكفيل بقدر ما يمضى إلى محله ويحضره.

وإذا لم يعلم الكفيل مكانه لزمه ما على المكفول من الدين لتقصيره فى تقصى حاله فكان بسبب ذلك متلفا، أما إن علم مكانه فمضى إليه ولم يحضره إما لتواريه أو هربه أو اختفائه أو لامتناع أو لغيره ذلك بحيث تعذر إحضاره مع حياته لزمه ما عليه من الدين. يقول الرسول ﷺ: «الزعيم غارم» إلا إذا شرط البراءة من المال فلا يلزمه عملا بالشرط. وإذا قدر الكفيل على المكفول به وهو المال بعد أداء ما غرمه بسبب عدم إحضاره المكفول لم يكن له أن يسلم ما كفل به إلى المكفول ثم يسترد ما دفعه إليه نتيجة لوصول حقه إليه، وإنما يحصل بذلك التقاص بين البدلين وذلك بخلاف المغصوب إذا تعذر إحضاره مع قيامه وغرم الغاصب قيمته ثم قدر عليه بعد ذلك فإن يرد إلى المغصوب منه ثم يسترد منه ما أخذه من القيمة؛ لأن الغاصب حيث لم يملك المغصوب يدفع قيمته، وإنما أخذت منه للحيلولة بين المال وصاحبه، وذلك بخلاف ما على المكفول من الدين فإن الكفيل بصير بدفع عوضه مالكا ملكا تاما لما أخذه من المكفول - ويرأ الكفيل بموت الكفيل قبل غرمه فإذا غرم ثم ظهر موته استرد ما غرم.

(١) كشف القناع جـ ٢ ص ١٧٨ وما بعدها.

وإذا ضمن شخص معرفة إنسان بأن جاء إنسان إلى آخر يستدين منه فقال له لا أعرفك فلا أعطيك فضمن له إنسان معرفة فداينه ثم غاب المستدين أو توارى أخذ الضامن بالدين فإن لم يعرف به ضمن.

ضمان ما يلقى في البحر - إذا خيف غرق سفينة لثقل ما فيها وجب إلقاء ما لا روح فيه أولاً؛ وذلك لحرمته ما فيه الروح فإن لم يكف ذلك ألقى الحيوان حرصاً على حياة الآدمي.

ولو قال بعض أهلها لغيره: ألق متاعك فإلقاه لم يضمنه له لأنه لم يكرهه على إلقائه، ولكن لو قال له: ألقه وأنا وجميع الركاب ضامنون ولم يأذنه بذلك ولم يوافقوه ضمن قيمة ما يخصه نتيجة لقسمة قيمة ما طرحه في البحر عليهم، وسواء في ذلك أن يسمعه فيسكتوا أو لا يسمعه. ولو قال له: ألقه وكل واحد منا ضامن لك قيمته كان ضامناً وحده لقيمة ما ألقاه دون غيره من الركاب؛ لأنهم لا يشتركون معه في هذا الضمان وعلى ذلك الحنفية الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية^(١) غير أن الزيدية يسمون هذا النوع التزاماً ولا يسمونه ضماناً.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه إذا خيف غرق السفينة بسبب تجاوز حمولتها قدر ما يحمل عليها عادة ولزم لنجاتها رمي بعض حمولتها كان من الواجب أن يرمى بعض حمولتها حفظاً للأرواح والأموال وهو واجب شرعي على من فيها. وإثم تركه عليهم جميعاً. ويسقط بفعل بعضهم. وعلى ذلك إذا قام به أحدهم لم يكن بطرح بعض المتاع متعدياً بل قام بواجب عليه وبما كان يجب أن يقوم به غيره من أصحابه سواء أقام بطرح ماله أم بطرح مال غيره.

وعلى هذا إذا سلمت السفينة وما بقى عليها بسبب هذا الطرح التزم أصحاب الأموال السائلة بقيمة ما طرح في الماء من المتاع إذا ضاع أو هلك بطرحه على نسبة ما لأموال كل منهم من قيمة. ويشترط لذلك أن يكون الطرح للإنقاذ من الغرق وأن يكون ضرورياً للإنقاذ وأن تسلم بسببه السفينة وما بقى عليها، ويطرح الأثقل لينجو الأخف وقليل القيمة لينجو كثيرها ويكون الطرح بقدر الحاجة ويشترك في تحمل العوض كل من انتفع بالطرح وذلك على خلاف في ذلك بين المالكية.

(١) راجع كشف القناع ج ٢ ص ١٨٤ والمتزج ج ٤ ص ٢٧٠، تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٦ والبحر الزخار ج ٥ ص ٧٨.

قال أبو القاسم: إذا طرح بعض الحمل للهول شارك أهل المال المطروح من لم يطرح لهم شيء من متاعهم وكان ما طرح وما سلم لجميعهم لهم غناؤه عليهم ونقصه لأنهم صونوا ما لهم بالمطروح والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح؛ إذ ليس أحدهم أولى من الآخر، وسواء أ طرح الرجل متاعه أو متاع غيره بإذنه أم بغير إذنه. (ذخيرة) وعلل ذلك صاحب الذخيرة بأنه سعى في القيام عن الغير بواجب لأنهم أجمعين يجب عليهم حفظ نفوسهم وأموالهم فمن بادر منهم بذلك قام بذلك الواجب.

وتوزع قيمة المطروح على ما في السفينة من مال التجارة من العبيد والناض من الأموال والجواهر دون مال القنية وهو ما يقتنى للحاجة إليه. وقال بعض الفقهاء: ما ليس للتجارة فهو كالعديم إن طرح لم توزع قيمته، وإن لم يطرح لم يوزع عليه ولا يدخل في التحاص إذ هو من الوسائل لا من المقاصد. وقال ابن سلمون: إن هذا مذهب مالك.

أما رأى المالكين من أهل العراق فهو أن التحاص يقع في ذلك كله وعلى السفينة نفسها وذلك لنجاة الجميع بسبب الطرح. وجمهور المالكية على وجوب الطرح لنجاة متاعهم - واختلف في النقود من الدنانير والدرهم قليل لا يوزع عليها شيء وقيل يوزع عليها لنجاتها وهو الأشهر. وسئل عن ذلك ابن رشد فقال: لا يجب فيما طرح من المركب على ما عند الركاب من الذهب والورق سواء كان ودعة لديهم أم بضاعة لهم، وإنما يجب ذلك على المتاع - قال ابن سلمون: إن هذا هو الصحيح من الأقوال. والقياس أن يكون التحاص بحسب الأثقال لأنه سبب الفرق لكنه ترك إلى الاستحسان وهو أنه يكون بحسب القيمة لأنها المقصودة ولها الاعتبار.

وجملة القول في ذلك .. أن من المالكية من ذهب إلى إشراك كل مال كان على خطر الهلاك لولا الطرح فيدخل في المحاصة جميع ما نجا من الأموال بما في ذلك السفينة ومتاعها وأدواتها. ومنهم من ذهب إلى عدم إدخال السفينة. ومنهم من ذهب إلى أنه لا يحمل التعويض إلا ما كان في السفينة من مال للتجارة، وإليه ذهب ابن حبيب وأخذ به جمهور كبير من فقهاء المالكية. أما أنفس الأحرار فلا تدخل في التعويض إذ لا قيمة لها.

أما القيمة التي تعتبر في ذلك فمن الفقهاء من ذهب إلى أنها القيمة في موضع الحمل؛ لأنه وقت اختلاط الأموال وجميعها في المركب - وقيل موضع الوصول لأنه المقصود بالحمل، وقيل موضع الطرح أو أقرب موضع إليه من العمار؛ لأنه موضع التلف. وقيل يعتبر ثمن الشراء. ذلك فيما يتعلق بقيمة المطروح. أما قيمة السالم فالعبرة فيها على ما يظهر قيمته في مكان الوصول لأنه المقصود بالحمل.

الديات والأروش

ما يجب من الضمان المالى فى إتلاف النفس وما دونها

الاعتداء على النفس بإتلافها أو بجرحها بغير حق جريمة فى جميع الأعراف والشرائع منذ أقدم العصور؛ وذلك لمساسه بحق مقدس طبيعى هو الحياة. وكان ما يسببه من الألم والضرر والحقد فى نفوس المجنى عليه وأهله دافعا له على الرغبة فى الانتقام من المعتدى بأية صورة من الصور سعيا إلى شفاء النفوس مما أصابها وإطفاء ما يتأجج فيها من نيران العداوة والبغضاء وتجنباً لما يلحقهم من العار والمذلة والشعور بالضعة والضعف إذا ما تركوا الانتقام لأنفسهم ممن اعتدى عليهم. وكان هذا جزاء لا يرجع فى تقديره وتحديدده إلا إلى رضاء النفس وشفائها مما أصابها بسبب هذا الاعتداء، ثم إلى ما للمعتدى عليه من قدرة وسلطان أمام المعتدى فى تنفيذ ما يجد فيه شفاء نفسه. ولذا كان هذا الجزاء يختلف شدة وضعفا باختلاف حال من اعتدى عليه وحال المعتدى قوة وبطشا وعلوا وخفضا، فهو جزاء شديد إذا ما كان جانب المعتدى عليه أشد قوة من جانب المعتدى وهو ضعيف أو غير مقدور عليه إذا لم يكن للمعتدى عليه أمام المعتدى حول ولا قوة، وكان لاختلاف الجانبين قوة وضعفا وقدرة وعجزا أثر فى الالتجاء إلى التعويض بالمال جزاء يقوم به جانب المعتدى لمن اعتدى عليه، وكان هذا التعويض يختلف مقداره أيضا باختلاف الأحوال والأعراف وبما لجانب المعتدى عليه من قدرة على إجبار جانب المعتدى على الاستجابة لما يطلب منه وما لدى المعتدى من ثراء، كما كانت تختلف وسائل التشفى.

غير أن اختلافها كان يقوم على التراضى بين الطرفين سواء أكان ذلك عن ضعف أم عن حب وطمع فى أخذ المال. وقد نشأت هذه الفكرة (فكرة الالتجاء إلى التعويض بالمال) عند جميع الشعوب، فقد وجدت عند العبرانيين وعرفتها شرائع اليونان والجرمان وشاع استعمالها عند العرب أهل الجاهلية قبل الإسلام؛ ولم يكن ذلك أمرا مرغوبا فيه عندهم إلا حيث يكون العجز عن أخذ الثأر قهرا وانتقاما. ولكن بمرور الزمن اعتاده كثير من القبائل رغبة فى السلام والوثام بسبب ما كانت تنهكهم تلك الحروب الطويلة الطاحنة التى يدفع إليها الأخذ بالثأر؛ إذ كانت لا تقتصر على أهل المعتدى والمعتدى عليه بل كان

يصلى بنارها جميع أفراد قبيلة الجاني وجميع أفراد قبيلة المجنى عليه لما كان معروفا فيهم من التضامن القوي بين أفراد كل قبيلة بعضهم لبعض ينصرون المظلوم منهم ويدافعون عن الظالم منهم وكانت هذه عادة أصيلة فيهم يرون فيها مظهر عزتهم وقوتهم وشرفهم ووجودهم.

وكان ما يدفع من المال في هذه السبيل معروفا باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى ولم يكن له مقدار معين فيما بينهم، كما لم يكن على نسق واحد بل كان يزيد وينقص تبعا لما يكون بين قبيلة الجاني والمجنى عليه من الاختلاف في القوة والسمو والضعف والانحطاط إذا كانت القبيلة التي هي أكثر قوة وأشد بأسا تتحكم في القبيلة التي هي أضعف منها، وكان للعرف مع ذلك أثر في تحديد ما يعرض من المال وعدم المغالاة فيه فشاع فيما بينهم تحديده بمائة من الإبل إلا أن ذلك لم يكن أمرا ملزما واجب الاتباع في جميع الأحوال بل كانت القبيلة المعتدى عليها عندما تشعر بالقوة وشدة البطش تطلب ما تشاء من الأموال والنعم، وكثيرا ما كان يتجاوز مقدار هذا المال المائة بعير إلى الألف أو يزيد؛ ولذا كان تحديد الدية عند أهل الجاهلية في أكثر الأحوال منوطا بشخص المجنى عليه ومركزه ومركز أسرته وقبيلته وكأنه ثمن وعرض عن الدم المسفوك؛ وذلك فضلا عن أنه وسيلة وسبيل إلى نجاة الجاني وذويه من شرور الانتقام والغيلة؛ ولذا كانت فكرة دفع المال في الجاهلية تقوم على طلب التعويض وأمن الجاني من شر الانتقام. وكان من عادة العرب في الجاهلية ومن سمات فخرهم مسارعة أفراد القبيلة إلى جمع هذا المال ودفعه إلى أهل المجنى عليه بل كان سيد القبيلة في كثير من الأحوال يقوم بدفعه من ماله الخاص.

وكان هذا المال يعرف بينهم باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى. ففي «القاموس المحيط»: الدية بالكسر حق القتل، جمعه ديات ويقال في الفعل وداء كدعاه إذا أعطى ديته، والأرش الدية وما يدفع فيما بين السلامة والعيب من قيمة مالية وجمعه أروش.

الدية في عرف الفقهاء:

عرفها صاحب «التبيين» الزيلعي بأنها اسم للمال الذي يدفع بدل النفس أو الطرف، - وبمثل ذلك عرفها قاضي زادة في «تكملة فتح القدير» نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» والرملي أحمد بن شهاب في نهاية المحتاج» وفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش؛ فالإمام السرخسي يقول في مبسوطه: الدية مال مؤدى في مقابلة

متلف ليس بمال وهو النفس . والأرش بدل ما دون النفس . ويقول ابن عابدين في حاشيته على الدر: الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب فيما دون النفس . ولكن هذه التفرقة لم يراعها بعض الفقهاء إذ نجدهم يستعملون كلمة دية أيضا للدلالة على المال الواجب في الأطراف أو الجروح، كما يستعملون كلمة أرش فيما تدل عليه الدية، ومنهم الذين عرضوا لهذه التفرقة وسأراعى هذه التفرقة، في موضوعنا هذا فأخص بدل النفس باسم الدية وبدل ما دونها باسم الأرش .

وقد سمي بدل النفس عقلا كذلك إذ كان يؤتى بالدية من الإبل يتوجه بها ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فيجدها أولياء المقتول صباحا معقولة بفنائهم ولذلك سميت عقلا كما سمي من يدفع الدية عاقلا، ومن هذا المعنى قيل العاقلة .

مشروعيتها:

لم تكن شريعة الدية كما ذكرنا شريعة ابتدعتها الإسلام بل كانت معروفة قبل ظهوره عند العرب وعند غيرهم، وإنما جاءت الشريعة الإسلامية مكملة لما كان بها من نقص يحول دون تأديتها للغرض الذي يجب أن يطلب منها فأستسها على قواعد ثابتة وهذبتها بما يؤدي إلى وفائها بالغرض منها، وكان ذلك إقراراً لها على الأسس التي أقامت عليها فجاء ذكرها في الكتاب في مواضع عديدة سنعرض لها فيما يأتي من الشرح والبيان؛ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ... ﴾ (١٧٨) [البقرة] وروى البخاري والشافعي والدارقطني عن ابن عباس قال: كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية، فقال الله تعالى لهذه الأمة: ﴿... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ... ﴾ (١٧٨) [البقرة]، فالعفو أن يقبل ولي الدم الدية في العمد - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم .

وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ... ﴾ (٩٢) [النساء] .

وقد تكفلت السنة ببيان مقدارها وكيفيتها؛ فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ أن من قتل خطأ فديته من الإبل مائة: ثلاثون بنت مخاض

وثلاثون بنت ليون وثلاثون حقة وعشرة ابن لبون - أخرجه أب داود والشافعي (١). وكان مما قضت به الشريعة الإسلامية في الدية أن أصبحت واحدة لا تختلف باختلاف حال المجنى عليه قوة وشرفا وحسبا ونسبا وعزة وضعة وتغيرت طبيعتها وزال عنها عنصر الانتقام الذي كان يدعو إلى التغالي فيها إذا ما كان جانب المجنى عليه أشد قوة وأشد سلطانا من جانب الجاني وإلى قتلها أو إغفالها أو اعتبارها تفضلا وإحسانا إذا كان جانب المجنى عليه ضعيفا عديم البأس والحيلة وتساوى فيها الرفيع والكبير والصغير والأمرء والسوقة.

الهدف من الديات:

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن شريعة الديات شريعة قديمة عرفت وطبقت قبل الإسلام في كثير من الأمم إن لم يكن ذلك في جميعها؛ لاتساقها مع النزعات الطبيعية والرغبات النفسية والميول الاجتماعية، ولذا كانت معروفة ومطبقة في العصر الجاهلي، كما ذكرنا يدعو إليها حب الانتقام من المسمى باعتبارها أذى يصيبه في ماله جزاء إساءته لغيره، وفي ذلك ترضية لمن أسىء إليهم بشفاء صدورهم مما سببته تلك الإساءة من حقد وبغضاء ثم كانت مع ذلك وقاية مما يتوقعه المسمى من أذى يصيبه من أساء إليه ليثار منه.

وكان في اختلافها باختلاف حال من مسه الأذى شرفا وضعة وقدرًا وخسة في معنى التعويض أو الثمن عن دمه المسفوك. ذلك كان وضعها في الجاهلية قبل الإسلام فهل ظلت على هذا الوضع بعد الإسلام وبعد أن تناولتها الشريعة الإسلامية بالتهذيب والتعديل؟.

لقد عرفنا أن ضمان المال الذي يدفع لمن أصابه ضرر في ماله إنما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض وإزالة ذلك الضرر برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه، وذلك لا يتحقق إلا في الضرر المالى الذى يتمثل فى فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى ما كان عليه قبل الفقد؛ ولذا لم ير فقهاء الإسلام محلا للضمان المالى أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال، وهذا فى كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم، ومن ثم لم يروا التعويض فى الأضرار الأدبية ولا فى الضرر بفقد الأمل فى مال متوقع حدوثه؛ إذ ليس فى دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه، وعلى ذلك فماذا يكون وضع الديات والأروش بالنظر إلى هذا الأساس وليست إلا

(١) بنت المخاض ما دخلت فى السنة الثانية، وبنت اللبون ما دخلت فى الثالثة، والحقة ما دخلت فى الرابعة.

أموالا تدفع فيما لا يعد مالا أو فيما لا يقوم بالمال وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وأبدانهم وأعضائهم وعدم اعتبارها من الأموال، وهذا بخلاف الأمر في الأرقاء إذ يستوجب الاعتداء عليهم إيجاب التعويض المالى على المعتدى بدفع قيمة ما فقد من أبدانهم لاعتبارهم مالا تجرى فيه المعاملات المالية بيعا وشراء ومبادلة. وبناء على ذلك يقوم التساؤل على الأساس الذى بنى عليه الشارع الإسلامى شريعة الديات والأروش. في تقديره الديات والأروش بخاصة إذا روعي ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ (١٩٤) ﴿[البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ (٤٠) [الشورى] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَسَبُوا السَّيِّئَاتِ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ بِمِثْلِهَا...﴾ (٢٧) [يونس] وما توجبه هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الأصل الذى بنيت عليه شريعة القصاص التى أوجبهها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْ بِالْحَرْ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى...﴾ (١٧٨) ﴿[البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...﴾ (٤٥) [المائدة] وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو.

الذى يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء لا تصلح فى جميع الأحوال لأنها إن صلحت فى بعض أحوال العمد لا تصلح فى بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها للمساواة بين الجريمة والجزاء لعدم إمكانها، كما لا تصلح للسبب نفسه فى أحوال الخطأ إذ لم يقصد الفاعل فيها إحداث ما وقع من الضرر وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مستولا عنه من أحده. ومن الظلم فى هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره.

ومن أجل ذلك عدل فى هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجانى فيها من المسئولية، وكان من الواجب أن يصاب دم الإنسان من الهدر وأن يضمن الفاعل ما به تخف آلام المجنى عليه أو ضرره ويذهب عنه بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس. وللمال فى هذه السبيل أثره الطيب المعروف فى تخفيف الآلام وشفاء ما فى الصدور لما يؤدى إليه من أذى لدافعه بنقص ماله ومنافع لمن دفع إليه يطيب بها عيشه ويجد فيها

معونته على الحياة ومطالبها فكان ذلك أساس شرع الديات والأروش فضلا عما قد يترتب عليها من الزجر والردع لمن تحدّثه نفسه بأذى يمس غيره.

والدية بهذا الاعتبار تشبه الغرامة والعقوبة من جانب وتشبه التعويض من جانب آخر، وليس بالتعويض المحض ولا بالعقوبة المحضة لعدم اختلافها باختلاف الجرائم كبرا وصغرا وقوة وضعفا. وليس هذا شأن العوض ولا شأن العقوبة بل الشأن فيهما الاختلاف، ثم هي من ناحية أخرى لا تجب في مال الجاني في كثير من أحوالها بل تجب على العاقلة. والعقوبة إنما تنزل بالجاني لا بغيره؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿أَلَا تَرَىٰ وَازِرَةً وَّرَزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [النجم] (٣٨) كما أن عدم متابعتها للجريمة عظما وضعفا يتنافى مع اعتبارها عوضا. وإذا لم تكن الديات والأروش تعويضا كاملا أو تعويضا محضا فذلك ما يدعو إلى التساؤل عن حق المجنى عليه عند وجوب الدية له في طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه، ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحية الذي يتساوى جميع الناس في التمتع به. وقد قدره الشارع ولم يجعله مختلفا باختلافهم، ومن ثم كان مقداره واحدا يستوى فيه الناس جميعا. إنه إذا أريد بهذا التساؤل بيان رأى الفقهاء في ذلك فهذا ما يعيننا بيانه؛ لأن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع نفيًا أو إثباتًا بصورة صريحة، كما لم يؤثر عن رسول الله ﷺ فيه أثر خاص ولم يكن في بيان حكمه إجماع، وكل ما أثر عن الفقهاء مما يمكن أن يكون له شبه اتصال بذلك قولهم عند كلامهم على الديات ومقاديرها أنه ليس للمجنى عليه أن يتجاوز المقادير المقررة لها شرعا. والبادئ أنهم يريدون بذلك منع التجاوز باعتباره زيادة في الديات المقررة من الشارع. وهذا لا يمنع القول بأن ينال المجنى عليه تعويضا ماليا ينظر فيه إلى تعويض ما حدث فشرع الديات لتعويضه تحقيقا لرفع الضرر. ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدره من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك؛ إذ لم يكن تقديرها مانعا من الزيادة عليها عندئذ، فإذا روى أن ثمة ضررا كبيرا نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية في الجزاء بين جريمتين أحدهما لم تحدث ضررا ذا بال وأخرى أحدثت ضررا عظيما وكيف يمكن حينئذ أن نتصور تحقيق التماثل في الصورتين بين الجريمة والجزاء، في حين أن الجزاء فيهما واحد والجريمة فيهما مختلفة ومتفاوتة وكذلك ضررها تفاوتتا عظيما غير أنه يلاحظ مع ذلك وقد قام التعويض بالمال في الفقه الإسلامي على

أساس المبادلة والمعاوضة بين المال الفاقد والجزاء فإنه يجب لذلك أن ما يدفع من المال تعويضا مضافا إلى الديات والأروش مقابلا بضرر مالي يجوز الاعتياض عنه، وبعبارة أدل على المعنى المراد فإن التعويض يجب أن يكون عن ضرر مالي يتمثل في فقد مال كان قائما وذلك ما لا يتحقق غالبا في الأحوال التي تجب فيها الديات والأروش، وهذا ما تقضى به نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ولكن إذا ما أمكن إقامة الضمان على نظرية أخرى هي تخفيف الألم عن المصاب وإرضاء نفسه واعتلال الغل والحقد من قلبه وذلك ما يقوم به المال يدفع إليه إرضاء له أمكن حينئذ على هذا الأساس القول بجواز التعويض عن ضرر لم يلاحظ في فرض الدية وتقديرها، وقد يؤيد هذا أن الديات حين شرعت وعرفت شرعت للغرض الذي أشرنا إليه آنفا كما بينا ذلك، وأن الشريعة حين أقرتها في ذلك الوسط وسط البادية حيث يعيش أهلها من الرعى ونتاج الحيوان والنعم وثمار النخيل وما أشبه ذلك أقرتها دون نظر إلى الصناعة والعمل على مستوى الناس جميعا إذ لم يكن ضرر الجرائم في هذا الوسط يتعدى إلى غير الألم الجسماني أو النفسى الذى يعتاض عنه بالديات. أما في عصرنا هذا فقد تضاعفت فيه متطلبات الحياة وحقوقها وواجباتها وتكاليفها مما جعل غالب الناس يعيش من عملهم وكان ضرر الجريمة لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافرا للمجنى عليه من قبل، وفي مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية، وبخاصة إذا لاحظنا أن ذلك لا يعدو أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس ما يمنع من اعتبارها أموالا يستعاض عنها بالمال إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يعتاض عنه بالمال وإنما الأمر في ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف.

ومن البين أن القول بذلك لا يتنافى مع وجوب الدية فإن الدية كما قدمنا لا تعد تعويضا كاملا لعدم تفاوتها قدرا بتفاوت الاعتداء الذى وجبت فيه ضررا. وليس هذا وضع التعويض، وبخاصة إذا لوحظ مع هذا وجوبها على غير المعتدى وهو عاقلة كما أنها لا تعد عقوبة لعدم اختصاصها بالمعتدى ووجوبها على غيره، ولهذا اختلفت فيها آراء علماء القانون الجنائي فمنهم من ذهب إلى أنها وسيلة إلى إطفاء ما في نفس المجنى عليه من حرارة الألم والغيط فكانت ترضية له بقدر محدود وتعويضا عن نوع من الضرر المعنوى. ومنهم من رآها وسيلة لزجر المعتدى وردع غيره فأشبهت لذلك العقوبة وليست

عقوبة. ومنهم من رآها بدلا عن النفس أو عن الحياة دون نظر إلى ما ترتب على الجريمة من ضرر. وعن هذه الآراء ذهبوا إلى جواز طلب التعويض معها على أنه قد يقوم في سبيل تطبيق ابتناء التعويض على نظرية المعاوضة أن هذه النظرية تستلزم تملك دافع التعويض لما دفع فيه العوض. وذلك ما لا يتحقق فيما لا يصح تملكه كما في إتلاف خمر الذمي ودفع التعويض عنه؛ إذ لا يصح تملك الخمر، وهذا نقض يستوجب عدم صحة هذه النظرية وامتناع تطبيقها لعدم اطرادها، وإذا امتنع تطبيقها جاز حينئذ تأسيس التعويض على فكرة إرضاء النفس وزوال الحقد وعندئذ يصح أن يضم إلى الديات ما يرى وجوبه من تعويض مالي.

ما يستوجب الإلزام بالدية؛

يستوجب الإلزام بالدية أو بالأرش الاعتداء في غير عمد على النفس بإزهاق الروح أو على ما دونها من أجزاء الجسم بما يحدث فيه أثرا، كما يستوجبها كذلك هذا الاعتداء إذا كان عن عمد امتنع القصاص فيه بسبب من الأسباب المانعة منه شرعا. وفيما يلي بيان ضروب هذا الاعتداء فيما ذهب إليه الفقهاء.

١- يرى الحنفية أن الاعتداء على النفس بإزهاق الروح قد يكون عمدا أو شبه عمد أو خطأ أو جرى مجرى الخطأ كما يكون بطريق التسبب.

فيكون عمدا إذا كان سلاح أو بما يشبه السلاح مما يفرق الأجزاء ويستعمل فيه السلاح من كل محدد من جسم صلب كالحجر والخشب أو غير صلب كالنار. وهذا عند أبي حنيفة، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار القتل بغير سلاح من كل ما يحدث به الهلاك غالبا وإن لم يكن معتادا من قبيل شبه العمد كالضرب أو الرمي بحجر عظيم أو خشبة عظيمة.

ويكون شبه عمد إذا كان إزهاق الروح فيه عن عمد بما ليس سلاحا ولا بما أجرى مجرى السلاح سواء أكان الهلاك به غالبا كما في الضرب بالحجر العظيم أم لم يكن غالبا كما في الضرب بالسوط، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أصحابه: شبه العمد هو ما يكون إزهاق الروح فيه عن عمد بما لا يحصل به الهلاك عادة كالضرب بالعصا عند عدم تواليه، أما إذا توالى فأزهاق الروح كان عمدا عندهما وشبه عمد عند الإمام.

ويكون خطأ إذا كان عن خطأ في القصد كأن يرمى إنسان شخصا على ظن أنه صيد فإذا هو إنسان أو كان عن خطأ في الفعل كأن يرمى إنسان هدفا معينا فيصيب إنسانا لا يقصده. أما ما أجرى مجرى الخطأ فكان ينقلب نائم على طفل فيقتله، والقتل بطريق التسبب كأن يحفر إنسان بئرا في غير ملكه فيتردى فيه إنسان فيموت.

٢- ويرى الشافعية أن أنواع الجناية على النفس ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد، فيكون عمدا عند قصد الفعل والشخص بما يقتل غالبا سواء أكان جارحا أم مثقلا أم ليس كذلك فإن فقد أحد القصدين فخطأ كأن قصد رمى شجرة أو آدمى فأصاب غير ما قصده فمات، ومن الخطأ انقلاب نائم على طفل أدى إلى موته لعدم القصد من النائم.

وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبا فمات وأمكن في العادة نسبة الهلاك إليه فشبه عمد وذلك لوجود القصد، ولكنه لا قصد فيه إلى قتل بدليل الآلة المستعملة وإن أدى إلى قتل منسوب إليه. ومنه الضرب بالسوط بلا توال، أما إذا لم تكن نسبة الهلاك إليه مقبولة معروفة فهدر كضرب بنحو قلم في غير مقتل.

ومن العمد عندهم كل فعل يؤدي إلى الهلاك غالبا سواء أكان بمحدد أو بمثقل أو بغير ذلك كغرز إبرة في مقتل، وكالحيلولة دون نزف جرح وكحبسه ومنع الطعام عنه أو إطعامه طعاما مسموما بقصد قتله أو إلقائه في بحر أو نهر وهو لا يحسن السباحة أو غمره بدخان سلط عليه بقصد اختناقه.

وقريب من هذا البيان في أنواع بيان القتل المالكية فالفرق بينهم يسير جدا.

٣- ويرى الحنابلة أن القتل أنواع ثلاثة: عمد وشبه عمد وخطأ. فالعمد يكون حين القصد إلى قتل إنسان بما يغلب على الظن القتل به، ومن ذلك الشهادة أمام القضاء بما يوجب قتل المشهود عليه شرعا، وشبه العمد يكون عند القصد بما لا يقتل غالبا إذا لم يحدث من ذلك جرح مميت ومنه القتل عن طريق التسبب عند القصد إليه. وأما الخطأ فضربان: خطأ في القصد كأن يرمى من يظنه صيدا فإذا هو إنسان أو بفعل ما له فعله وما هو حق له فيقتل بذلك إنسانا دون قصد إلى ذلك. وخطأ في الفعل ويكون عندما يرمى صيدا فيصيب إنسانا أو يفعل ما يتسبب عنه قتل إنسان بلا قصد.

وموجب القتل من المال إذا لم يكن عمدا الدية باتفاق جميع المذاهب، أما إذا كان عمدا فموجبه القصاص والإثم لقوله ﷺ: «العمد قود» أي قصاص؛ وذلك ما لم يمنع من القصاص مانع، أما عند المانع منه فالواجب الدية بدلا عنه، وموانع القصاص عديدة

وتختلف باختلاف المذاهب وذلك نتيجة لاختلافهم في شروط وجوبه، فإذا فقد شرط منها لم يجب ووجبت الدية حتى لا يهدر الدم؛ وبيان ذلك في بيان القصاص وشروطه وما هو محل اتفاق منها وما هو محل اختلاف بين المذاهب. فتوفر القصد من الجاني شرط في القصاص باتفاق فإذا لم يتوفر بأن لم يكن منه قصد إلى القتل أو قصد إلى المجنى عليه كما تقدم في بيان الخطأ لم يجب القصاص ووجبت الدية.

ولذا تجب الدية في جناية المجنون والصبي دون القصاص لعدم القصد الاعتبار شرعا.

وتوفر المكافأة بين الجاني والمجنى عليه شرط في القصاص عند بعض الفقهاء وليس شرطاً عند آخرين، ولذا ذهب الحنفية إلى أنه يقتصر من الحر إذا قتل العبد لتحقق المكافأة الإنسانية وحق الحياة، وكذلك يقتصر من المسلم بالذمي، وخالف في ذلك الشافعية فأوجبوا الدية على القاتل في هذه المسألة وأمثالها ولم يوجبوا القصاص لعدم المكافأة في نظرهم في الإسلام والحرية والملك؛ ولورود الآثار بذلك فيما صح عندهم من الأخبار. وعلى ذلك فموجب شبه العمد، وكذلك العمد إذا امتنع القصاص ليه لسبب من الأسباب الدية، والدية الواجبة فيه عندئذ الدية المغلظة.

أما موجب الخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل تسببا فالدية المحففة وسيأتى بيان ذلك عند الكلام على مقدار الدية.

عما تقدم يبين أن الواجب في العمد هو القود وأن الواجب فيما عداه الدية، غير أن موجب العمد كان محل خلاف بين الفقهاء في بيانه، فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك فيما رواه أبو القاسم عنه والثوري وآخرون إلى أن موجه هو القود عينا وليس لولى الدم إلا حق القصاص فله طلبه وليس له غيره من دية أو عوض إلا برضا القاتل فيستحق ذلك عند وجوبه بالاتفاق والصلح إلا بالقتل.

وذهب الأوزاعي والليث في رواية أشهب والشافعي وأحمد إلى أن موجب العمل ابتداء هو القود، والدية بدل عنه، ومن حق الولي أن يعدل عنه إليها باعتبارها بدلا شرعيا عنه؛ ولذا يكون له الخيار بين طلب القصاص وطلب الدية وإن لم يرض القاتل. ويستند أصحاب هذا الرأي الأخير إلى ما رواه أبو شريح الكعبي أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم فتح مكة: «ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القاتل من هذيل وإني

عاقله فمن قتل له بعد مقاتلي هذه قتيلا فاهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا»
رواه أبو داود وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وفى رواية عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل له قتيلا فله إما أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية» كما روى عنه «من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أن يودي» ويرون أن حق العبد بسبب القتل قد شرع جابرا.

وفى كل من القود والدية ضرب من الجبر فكان له أن يختار ما يسد حاجته ويتعين به الواجب كما في الكفارات عند التخيير مثل كفارة اليمين، وكما في المثلي إذا وجب ثم انقطع فلم يوجد إذ لم يوجب له أن يرضى بالقيمة في الحال أو يصبر إلى أن يوجد المثلي ثانية، ولأن الدية باختيارها قد تعينت دافعا لهلاك الجاني قصاصا وهو بامتناعه عنها حيثئذ متعنت وملتق بنفسه إلى التهلكة فيجبر عليها ولا يحتاج إلى رضاه؛ كالمضطر إذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فإنه يتعرض له شرعا يجبره على أخذه بثمنه إحياء لنفسه.

واستند أصحاب الرأي الأول إلى ما يدل عليه ظواهر الكتاب العزيز من إيجاب القصاص في القتل مع اقتضائه عليه دون ذكر للمال إذ يقول الله في كتابه ﴿... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى...﴾ (١٧٨) [البقرة] فدل ذلك على أن القصاص بموجب القتل لا المال. وإلى أن استحقاق مال إنسان لا يكون إلا بتجارة عن رضا منه لقوله تعالى: ﴿... لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾ (٢٩) [النساء]، أو بإيجاب من الشارع وإلى ما روى عن النبي ﷺ من قضية الربيع حين كسرت ثنية جارية إذ قال ﷺ كتاب الله القصاص، فأخبر أن موجب العمد القصاص وما روى عنه ﷺ من قوله ﷺ العمد قود - وقد قال تعالى في كتابه: ﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ (١٩٤) [البقرة].

ولا شك أن المثلية إنما تتحقق عند القتل بالجزاء عليه بالقتل وهو القود، وإذا كان المثل هو القود وذلك بإتلاف نفسه كما أتلف نفس غيره وأنه يكون كالمثل مال غيره عندما يكون له مثل؛ إذ ليس له عندئذ أن يعدل عن مثله في التعويض إلا برضا صاحب المال، ولو كان للسولي الاختيار بين القود وأخذ الدية لما اقتصر الرسول عليه الصلاة والسلام عليه في بيانه جزاء القتل. ويؤيد ما ذكر ما نقل عن ابن عباس من قوله: العمد قود لا مال فيه. والمال لا يصلح جزاء وموجباً لعدم المماثلة بينه وبين النفس صورة ومعنى فلا يصلح جابرا. والقصاص يصلح جابرا للمماثل صورة ومعنى لأنه قتل بقتل

ولأن المقصود بالقتل قصاصا الانتقام وذلك ما يتحقق بقتل الجاني . والمراد بما روى من ثبوت الخيار للولى لإثباته له عند إعطاء القاتل الدية فهو إن شاء أخذها وعفا بأخذها إياها وإن شاء رفض وتمسك بالقصاص . وتخيره هذا لا ينافي رضاء الآخر الثابت بإقدامه على الدفع والأداء ، ويمثل هذا قوله ﷺ في العلم : لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك . أى لا تأخذ إلا سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ ؛ فخيره بينهما . ومعلوم أنه لا يأخذ رأسماله إلا برضا المسلم إليه لأن الفسخ لا يتم إلا بتراضيهما .

وجملة القول أن النصوص صريحة فى أن موجب العمد القصاص ؛ ولذا صح العفو عنه عند اختياره وإذا كان هو الواجب الأصلي لم ينفرد الولى بالعدول عنه إلى بدل إلا بالتراضى ليحقق معنى المعاوضة حينئذ وهى تقوم على التراضى .

وبناء على ما تقدم ذهب الحنفية إلى أن الولى إذا عفا وكان عفوه مطلقا لم يجب شيء من المال على القاتل ، وإن كان نظير مال لم يجب إلا برضى القاتل زاد ذلك المال على الدية أو نقص عنها أو ساواها . فإذا لم يرض سقط القصاص ولم يجب شيء على القاتل وإنما سقط القصاص فى هذه الحال لأن جنوح الولى إلى المال بدلا عنه يعد تركا له .

وكان لولى الدم عند الحنفية ألا يرضى بغير القصاص من القاتل ولا يجبر على أخذ الدية منه إذا ما رغب القاتل فى ذلك ، ولا تجب الدية إلا باتفاقهما فيكون وجوبها أثرا ونتيجة للاتفاق لا أثرا للجريمة ، ولذا كان هذا الاتفاق صلحا له أحكام الصلح فيلزم بما تم الاتفاق عليه من مال زاد على الدية أو نقص عنها أو ساواها . وقد كانت تجري بذلك عادة العرب قبل الإسلام فلم يكن يجب مال فى قتل إلا بناء على صلح وتراض .

أما على قول الشافعية ومن ذهب مذهبه فالأمر لولى الدم إن شاء اقتصر وإن شاء عفا وإن شاء أخذ الدية وإن لم يرض بها الجاني وله العفو على الدية أو على أقل منها دون أن يتوقف نفاذ ذلك ، وإلزام الجاني بما تضمنته من البدل على رضاه سواء أقلنا إن موجب العمد هو القود والدية بدلا عنه كما سبق أم قلنا أن موجب العمد أحدهما وهو القول الثانى عند الشافعى وهذا ما يؤيده ما فى الصحيحين من قوله ﷺ : « من قتل له قاتل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما أن يقاد » ، وعلى القول الأول وهو ما ذهب إليه الحنفية إذا أطلق العفو فلم يعلقه على بدل سقط القصاص ولا دية وقوله تعالى : ﴿ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۖ ﴾ [البقرة] محمول عن العفو على الدية .

ولهذا إذا اختار الدية عقب العفو المطلق وجبت إذا كان عفا عن القود لأنه الواجب حيثئذ ووجبت لالتحاق عبارته بعفوه فكأنه علقه عليها - ولو عفا عن الدية ابتداء لغى عفوه لأنه عفو عما لم يجب ولم يستحق، ولذا كان له العفو عن القود بعد عفوه عن الدية ابتداء لبقاء وجوبه. ولو عفا على غير جنس الدية من المال لزم البدل إن رضى الجاني وإلا لم يلزم وبقي حق القود على الأصح ومقابلته يسقط القود لرضا الولي بالصلح عنه وإن لم يتم.

ولو تصالحنا على بدل هو من جنس الدية وكان أكثر منها لغى على القول الذي ذهب إليه الشافعية وهو أن الموجب أحدهما مبهما ويصح على القول بأن الموجب ابتداء هو القود وهو رأي الحنفية، وإنما لم يصح على قول الشافعية لأنه يعد صلحا عن واجب هو الدية بأكثر منه من جنسه وفي ذلك ربا^(١).

وأما قوله تعالى بعد ذكر القصاص: ﴿... فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ...﴾ [البقرة] فليس فيه ما يؤيد أحد الرأيين صراحة إذ قد يكون المعنى فيه أن القاتل إذا عفى له ولي المقتول عن دم مقتوله وأسقط القصاص فإن الولي يأخذ الدية وينتج بالمعروف ويؤدي إليه القاتل بإحسان، وعليه يكون المراد باسم الموصول «من» القاتل و«بالأخ» المقتول و«بشيء» الدم الذي يعفى عنه، ويرجع إلى أخذ الدية وهذا قول ابن عباس وقتادة ومجاهد.

وروى عن مالك أن المراد «بمن» الولي ومعنى «عفى له» يسر له والمراد «بالأخ» القاتل و«بشيء» الدية أى أن الولي إذا جنح إلى الدية بالعفو عن القصاص فإن القاتل مخير بين أن يعطيها أو يسلم نفسه، وغير مالك يقول: إذا رضى الأولياء بالدية فلا خيار للقاتل بل يلزمه، وقد روى هذا أيضا عن مالك.

وفي رأيي أن معنى «عفى» يذل، والمعنى فإذا بذلت الدية للولي فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان، ولذا لم يكن في الآية ما يؤيد أحد الرأيين.

شروط وجوب الدية:

يشترط لوجوب الدية فيما يصيب النفس أو ما دونها خمسة شروط:

١- الأول أن يكون ما يستوجب الدية فعلا غير مشروع إذ إن إقدام الشخص على فعل هو حق له لا يترتب عليه مساءلته متى لم يتجاوز حقه الشرعى فيه ولو تسبب عنه

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٩.

تلف أو ضرر، ومن ذلك القتل يقدم عليه الشخص في حال الدفاع المشروع إذا لم يتجاوز حدوده كأن يقتل شخص آخر دفاعاً عن نفسه أو عن أهله أو عن ماله. وكان يجد رجلاً مع امرأة يزني بها ويعلم أنه لا يتزجر بالصياح أو الضرب بما دون السلاح فيقتله إزالة ومنعاً للأمر المنكر، كما يكون له أيضاً قتلها إن علم أنها مطاوعة له. لأن ذلك من قبيل إزالة المنكر وهو حق متعين عليه في هذه الحال^(١) فلا يسأل عنه؛ وذلك إذا لم يجد وسيلة لصرفه ومنعه عن هذا المنكر إلا بقتله. أما الأب إذا ضرب ولده أو المعلم إذا ضرب صبيه أو الزوج إذا ضرب زوجته فأدى ذلك إلى تلف نفس أو عضو فإنه يضمن بفعله في قول أبي حنيفة والشافعي؛ إذ لا يكون ذلك إلا عند تجاوزه الحد الشرعي فإذا لم يجاوز الحد كان ذلك من باب القضاء والقدر. وذهب مالك وأحمد إلى سؤاله لأن الأثر الذي ترتب على فعله دليل تجاوزه الحد. ولا يسأل الطبيب الممارس للطب عما يصيب المريض بسبب علاجه، لقول النبي ﷺ: «ليس على مداو ضمان» وقوله: «من طبَّ ولم يعلم عنه قبل ذلك طب فهو ضامن». وكذا لا ضمان على من قتل شخصاً محكوماً عليه بالقتل لردة أو قصاص وإن عزر لارتكابه ما ليس له فعله.

٢- أن يكون سبب القتل أو التلف فعلاً مادياً فمن أخبر شخصاً بخبر ففرغ منه فمات فلا ضمان عليه.

٣- ألا يكون المجنى عليه قد اشترك فيما أدى إلى إصابته اشتراكاً يمنع من إضافة الجناية إلى من أحدثها. أما إذا لم يمنع فإن على محدثها الضمان، وعلى ذلك إذا أعطى إنسان آخر السم فتناوله وهو لا يعلم أنه سم فمات فلا قصاص ولا دية عند أبي حنيفة ولكن ذلك لا يمنع من التعزير بحسب ما تقضى به الحال والظروف، ولكن لو وضعه في طعامه المعد لأكله فأكله فمات كان عليه دية كما لو أوجره في فيه ولو وضعه في شراب غير معد لشربه فشربه فلا دية، ولو ألقى شخص آخر في الماء فغرق لساعته فمات فعليه دية ولكن لو لم يغرق ولكنه سبغ في الماء مدة ثم غرق فلا دية إذ كانت وفاته في الأولى بطرحه^(٢) وفي الثانية لعجزه عن السباحة، وكذلك من جرح شخصاً جرحاً غير قاتل فعالجه بدواء سام أدى إلى موته لم يسأل الجراح إلا عن الجرح فقط ولا دية عليه، وهذا بخلاف ما إذا عالجه بما يشفى به الجرح عادة فمات؛ إذ يجب عليه الدية لسريان الجناية إلى النفس.

(١) البحر ج ٥ ص ٤٥.

(٢) الشلبي على الزيلعي ج ١ ص ١٠١.

٤- يجب فيمن تجب بقتله الدية أن يكون معصوما فلا دية في قتل الحرى والباغى لعدم العصمة وتجب في قتل الذمي والمستامن خطأ وكذلك في قتل المعاهد لقوله تعالى: ﴿... وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ (٩٢) [النساء] وعلى ذلك فالحرى إذا أسلم في داره دار الحرب فقتله بها مسلم أو ذمي خطأ لم تجب بذلك القتل دية عند أبي حنيفة خلافا للشافعي، إذ أوجب فيه الدية لأن أمنه إنما يكون بالدار لا بالإسلام، وليست الدار دار أمن، وعند الشافعي يكون أمنه بالإسلام ويستدل بإطلاق قوله تعالى: ﴿... وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ...﴾ (٩٢) [النساء] فكان عن تناوله النص.

ويرى الحنفية أن الآية لا تتناوله إذ المراد بالمؤمن فيها المؤمن من كل وجه وهو من أسلم وهاجر فكان له الأمن من ناحية الدين والدار، وهذا ليس له أمن من ناحية الدار لأنه مكثر لسواد الكفار فكان لذلك منهم لما أثر عن رسول الله ﷺ من قوله: «من كثر به سواد قوم فهو منهم»، ولهذا لا تتناوله هذه الآية ولو تناولته بناء على الإطلاق فيها لم يكن لذكر قوله تعالى فيمَا بَعْدَ وَهُوَ قَوْلُهُ: ﴿... وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ (٩٢) [النساء] فائدة وكان تكرارا بالنظر إلى ما تدل عليه الآية السابقة وتعالى الله عن ذلك. على أن قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ (٩٢) [النساء] يدل على أن تحرير الرقبة هو جزاء هذا القتل على وجه الكفاية، فلو وجبت الدية مع التحرير لم يكن التحرير جزاء على وجه الكفاية وهذا خلاف ما تدل عليه الآية وتغيير الحكمها. ثم إن عصمة المقتول تعتبر وقت الفعل على أصل أبي حنيفة، ومن وقت الفعل والموت جميعا عند صاحبيه، ومن وقت الموت على قول زفر، وعلى هذا تخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلما فارتد الرمي ثم أصابه السهم بعد ارتداده فمات فإن على من رماه دية عند الإمام إن كان الرمي خطأ تتحمله العاقلة وإن كان عمدا فهي في ماله، وعندهما لا شيء عليه. وكذلك عند زفر، وإن رمى مرتدا أو حربيا فأسلم قبل أن يصيبه السهم ثم مات لا شيء عليه عند الثلاثة وعليه الدية عند زفر وجه قوله أن الضمان إنما يجب بالقتل والقتل إنما يصير قتلا بفوات الحياة وعند ذلك كان معصوم الدم بإسلامه فتجب الدية، وعندهما أن الرامي إنما رمى رميا غير مستوجب جزاء لأنه رمى من ليس بمعصوم الحياة فكان عند صدوره غير محظور فلا ينقلب بعد ذلك محظورا بأمر حادث خارج عنه وهو الإسلام وهذا عند أصحابنا، وكذلك الوضع إذا رمى مرتدا فعاد إلى الإسلام قبل

موته ثم أصابه السهم فمات عند أبي حنيفة أما عندهما فقد تبين أن الفعل وإن صدر حين صدر محظورا إلا أن الحظر فيه إنما يكون إذا كان فعلا موجها إلى معصوم الدم فإذا لم يؤد إلى قتل معصوم الدم، فقد تبين أنه غير محظور فلا يجب شيء عندهما، ويؤيد رأى أبي حنيفة في أن العبرة وقت الرمي لا غير اتفاقهم على هذا المبدأ في رمي الصيد فقد ذهبوا إلى أن من رمى الصيد وهو مسلم ثم ارتد قبل أن يصيبه السهم ثم أصابه حل أكل الصيد إجماعا. وإن كان مجوسيا وقت رميه ثم أسلم فأصاب أسهم الصيد فقتله لم يؤكل إجماعا؛ ذلك لأن الرمي هنا نزل نزلة الذبح للضرورة ولا تحمل ذبيحة المجوس، والأصل في ذلك أن ما يرجع إلى أهلية الفاعل تعتبر فيه أهليته وقت الفعل بلا خلاف، وما يرجع إلى محل الفعل فهو على الاختلاف الذي ذكرناه. ولا شك أن وجوب الدية يتصل بالمقتول لا بالقاتل فكان محل خلاف على اعتبار الوقت فيه، ويختلف الأمر عن ذلك في الشخص إذا جرح وهو مسلم ثم ارتد فمات بالسراية وهو مرتد، إذ إنه لا شيء فيه اتفاقا؛ ذلك لأن الجرح انقلب فعلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة، وذلك ما أوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في موضوعنا إذ لم يتوسط ما يوجب انقطاع الفعل عما حدث بالمحل من تبدل.

٥- لا تجب فيمن تجب عليه الدية إلا أن يكون ذا ذمة مسلما كان أو كافرا ذكرا كان أم أنثى، وإذن فلا خلاف في وجوب الدية على الصبي وإن كان غير مميز وعلى المجنون وعلى الحر والعبد، إنما الخلاف في المال الذي تجب فيه: أوجب في مال الجاني أم في مال عاقلته، وسنعرض لذلك عند كلامنا فيما تجب فيه الدية، وإذا كان الجاني رقيقا ووجبت عليه الدية فإنها تتعلق برقبته فإذا فداه سيده بها وإما دفعه فيها.

من تجب الدية في ماله

يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا...﴾ (٩٢) [النساء] والمعنى أن القتل خطأ للمؤمن يستوجب على القاتل تحرير رقبة مؤمنة وأداء دية إلى أهله إلا أن يصدقوا فلا يسألوها ويتركوها صدقة للقاتل، وذلك يقتضي أن الدية تجب على القاتل وأن سبب وجوبها هو القتل خطأ، وإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنها تجب على القاتل والعاقله فيما تحمله العاقله منها مخالف لما تدل عليه الآية لأن الخطاب فيها موجه إلى القاتل لا إليها ولا إليهما جميعا.

والدية الواجبة على القاتل نوعان: نوع يحمله القاتل وحده في ماله ونوع تحمله عاقلته معه أو تحمله العاقلة وحدها على خلاف في ذلك بين المذاهب.

ويرجع مبدأ تحمل العاقلة إلى ما كان مألوفاً عند العرب قبل الإسلام من تضامن أفراد القبيلة في الغرامات الجنائية وهي عادلة تقوم على التعاون بينهم فأقرها الشارع الإسلامي لما فيها من الخير وجعل ذلك في الحالات التي يقوم فيها عذر الجاني وهي حالات الخطأ حيث لا يستحق الجاني العقوبة لعدم قصده الضرر والسعي إليه ووقوعه على الرغم منه لا في حالات العمد والإصرار التي تقتضي تشديد العقوبة على الجاني فلم يكن من المناسب معونته.

وتحملُ العاقلة الدية مشروط بأربعة شروط:

١- أن تكون الجريمة قد ارتكبت خطأ من غير عمد ولا قصد ولذا كانت جرائم الصغار والمجانين مما تتحمل العاقلة عبأه في جميع الأحوال لعدم توفر القصد الصحيح فيهم لقصور إرادتهم وعقلهم عند الحنفية والحنابلة والمالكية.

٢- أن تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بغير إقراره إذ الإقرار حجة على المقر فلا تتحمل العاقلة عندئذ شيئاً إلا إذا صدقته في إقراره.

٣- ألا تكون الدية قد وجبت بغير القتل فإذا وصحت صلحاً لم تتحمل العاقلة شيئاً منها إلا إذا اشتركت في الصلح.

٤- ألا يقل ما تلزم به العاقلة عن نصف عشر الدية عند الحنفية لأن ما دون نصف العشر لا مشقة فيه على الجاني في تحمله، وعن ثلث الدية عند مالك وأحمد، أما الشافعي فلا يجعل لتحملها حداً أدنى فتحمل أي مقدار وإن قلت قيمته.

وذهب أبو بكر الأصم إلى أن الدية على القاتل كلها في جميع الأحوال إذ لا يؤخذ أحد بجريمة غيره لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾ [الأنعام] ويستند الجمهور إلى ما ورد عن رسول الله ﷺ من أنه قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وإلى قضاء عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحض من الصحابة من غير نكير منهم وما وجبت الدية على العاقلة إلا لأن القاتل إنما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل فكان عليهم من وزرها ما بيته السنة.

وإذا لم يتجاوز ما وجب من الدية الحد الأدنى لوجوبه على العاقلة كان وجوبه في مال الجاني إن كان له مال فإن لم يكن له قال كان دينا عليه في ذمته يؤخر منه إذا أيسر.

العاقلة:

هم من يلزمون بالدية من العصبه والأقرباء والعشيرة وتسمى الدية عقلا ومعقلا؛ لأن إيل الديات كانت تعقل بفناء ولي دم المقتول، ثم توسع في معناها فشملت ما يجب في القتل من مال وإن كان دراهم ودنانير، وقيل إنما سميت عاقلة لأنها تعقل لسان ولي دم المقتول أو لأنها تمنع^(١) الخطر عن القاتل فلا يخشى أثرا. والعقل المنع.

وعاقلة الجاني عند الحنفية هم أهل ديوانه وهم المقاتلون من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطايهم وذلك يوم أن كانت الدواوين وكان أهل العطاء. وأول من وضعها عمر بن الخطاب وعلى ذلك لا يشارك في الدية النساء والذرية والصغار والمجانين لأن أساس وجوب الدية عليهم النصرة ولا تناصر بهؤلاء، واختلف في دخولهم في العاقلة إذا ما باشروا القتل بأنفسهم، والصحيح أنهم يشاركون كما في «الشرنبلالية» فإن لم يكن للقاتل ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لأن الاستنصار بهم، وإن لم يكن له عاقلة كاللقيط والذمي فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية، وروى محمد عن أبي حنيفة أن ديته في ماله لأن الأصل هو الوجوب في مال القاتل وإنما أخذ في العاقلة بطريق التحمل، فإذا لم يكن له عاقلة رد الأمر فيه إلى حكم الأصل وهو الوجوب في ماله. ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فإذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وفي بيت المال ما لهم فكانت ديته فيه لأنهم عاقلته.

ويدخل في العاقلة الجاني فيعد واحدا منها.

(١) إذا نظرنا إلى نسب رسول الله ﷺ وجدنا أنه ابن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان؛ فأولاد الجد الأعلى شعب وأولاد من دونه قبيلة وأولاد من دونه عمارة وأولاد من دونه بطن وأولاد من دونه فخذ وأولاد عمه كالعباس فصيلة، أما الإخوة فعشيرة.

وعند المالكية عاقلة الجاني عصيته سواء أكانوا أهل ديوانه أم لا كما هو مذهب «المدونة» قاله البناني. ويبدأ بالعشيرة وهم الإخوة ثم الفصيلة وهم الأعمام ثم الفخذ وهكذا الأقرب فالأقرب للقبائل. هذا، وطبقات قبائل العرب سبعة: الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة.

وقيل أن أهل الديوان مقدمون على هؤلاء إن كان للجاني ديوان فإن لم يكن له ديوان أو كان وليس من أهل الديوان فالعصبة على الترتيب في ولاية التزويج، فإن لم يكن عصبة فالموالي الأعلون ثم الأسفلون ثم بيت المال، فإن لم يكن بيت مال ففى مال الجاني ولا يدخل في العاقلة المجنون والصبي والأثنى والفقر. والعبرة وقت ضرب الدية على العاقلة والجاني واحد من العاقلة بقدر ما ينوبه على الأظهر، ومقابله لا يعد واحدا منهم، ولا عقل على غائب غيبة منقطعة وقت القسمة فلا يضرب عليه عند حضوره. كما لا يضرب على الفقير عند غناه ولا على الصغير عند بلوغه^(١).

وعند الشافعية عاقلة الجاني عصيته الذكور المكلفون الذين يرثون بنسب أو ولاء ما عدا أصوله وفروعهم لأنهم في حكمه فأعطوا حكمه، ويقوم الأقرب منهم فالأقرب في التحمل كالإرث وولاية النكاح فينظر في الأقربين آخر الحول فإن وقوا بالدية فيها وإن بقى شيء منها فعلى من يلي الأقرب يوزع عليه ذلك الباقي ويقدم الإخوة فقروهم ثم الأعمام فقروهم وهكذا. ويقدم المدل بأبوين على المدل بأب واحد خلافا لمذهبه القديم إذ سوى بينهما؛ لأن الأنوثة لا دخل لها في التحمل ولا يتحمل ذوو الأرحام إلا على القول بوراثتهم ثم بعد ذلك تحيى عصبة السببية على حسب التقدم في الميراث فإن لم يكن له عصبة مطلقا فبيت المال فإن لم يكن بيت مال ففى مال الجاني ولا يدخل الجاني في العاقلة^(٢).

وعند الحنابلة عاقلة الجاني ذكور عصيته من النسب أو الولاء وقريتهم وبعيدهم وحاضرهم وغائبهم وصحيحهم ومريضهم ولو هرما أو زما أو أعمى سواء ومنهم آباء الجاني وأبنائهم، ولا يشترط ميراثهم في الحال بل متى كانوا وارثين لولا حججهم عقلوا وليس منهم الزوج ولا المولى من أسفل ولا الحليف. وإذا عرف نسب الجاني من قبيلة معينة ولم يعلم من أى بطونها هو لم يعقلوا عنه لأنهم لا يرثونه ولا مدخل لأهل الديوان فلا عقل على أهله كما لا عقل على أهل المحلة لعدم ميراثهم، ولا يعقل فقير

(١) الشرح الكبير ج٤ ص ٢٨٣ والصغير ج٢ ص ٣٥٥.

(٢) نهاية المحتاج ج٧ ص ٢٥٠.

ولا صبي ولا مجنون ولا امرأة؛ لأن مبنى العقل التناصر ولا تناصر بين هؤلاء وليس على مخالفى الدين حمل شيء من الدية ومن لا عاقلة له أو له عاقلة عجزت عن جميع الدية فالدية أو باقيها واجبة فى بيت المال ولا يتحمل الجانى شيئاً من الدية لأنها تلزم العاقلة ابتداءً.

وفى قسمة الدية على العاقلة يقول أحمد: إنما يحملون على قدر ما يطبقون ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد ما يستطيعه ولا يعتته، وإلى هذا ذهب مالك. وعن أحمد فى رواية أخرى أنه يفرض على المוסر نصف مثقال وعلى المتوسط ربع مثقال؛ لأن ما دون ذلك لا تقطع فيه اليد. وإليه ذهب الشافعى.

وقال أبو حنيفة: أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقل ما يفرض عليه حد؛ لأن ذلك ما لوجب على سبيل المواساة للقرابة ويستوى الغنى والمتوسط فيه مع ملاحظة أنه ليس على فقير من العاقلة حمل شيء من الدية وكذلك المرأة والصبي والمجنون.

ما لا تحمله العاقلة:

لا تحمل العاقلة عمداً ولا عوضاً عن جناية عبد ولا صلحاً ولا اعترافاً، وقد روى هذا عن ابن عباس. أما العمد فلوجوب القصاص فيه وهى لا تحمل ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد مطلقاً. وحكى عن مالك أنها تحمل الجنائيات التى لا قصاص فيها ومنها المأمومة والجائفة وهو قول قتادة لأنها تشبه جناية الخطأ من ناحية أنها لا قصاص فيها. وعمد الصبي والمجنون خطأً تحمله العاقلة لأنه لا يتحقق منهما القصد المعتبر ولا يوجب قصاصاً فأشبه الخطأ، وفى قول للشافعى أنها لا تحمله لأنه عمد يجوز التأديب عليه فأشبه القتل العمد من البالغ ولا تحمل العاقلة فيه شيئاً، والعبد إذا قتل وجبت قيمته فى مال القاتل ولا شيء على عاقلته عمداً كان أو خطأً وهو قول مالك والليث. وقال علاء وحمام وأبو حنيفة: تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب فى قتله القصاص والكفارة فتحمل العاقلة بدله كما فى الحر، وروى الرأيان عن الشافعى.

ولا تحمل العاقلة ما وجب بالصلح من المال لأنه وجب بالاختيار كالواجب بالإقرار فلا تحمله العاقلة لأن الإقرار حجة قاصرة لا تحمل العاقلة ما وجب به.

ولا تحمل العاقلة ما دون ثلث الدية لأن وجوبها على العاقلة كان للتخفيف عن الجاني وليس في تحمل الثلث مشقة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها لا تحمل الثلث أيضاً ولا تحمل إلا ما فوقه، وقال الشافعي تحمل القليل والكثير فإن من حمل الكثير يحمل القليل.

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف، كما تحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوس لأنها دون الثلث إذ إنها ثمانمائة درهم.

وإذا جنى الذمي جناية تستوجب الدية كانت في ماله على قول الشافعي؛ إذ لا تعادل بين الذمين. وفي قول آخر له أنها على عاقلته، أما خطأ الحاكم والقاضي فعلى عاقلته في غير الحكم والاجتهاد بلا خلاف إن كان مما تحمله العاقلة، أما خطؤه في الاجتهاد ففيه روايتان إحداهما على عاقلته والثانية في بيت المال. وهذا مذهب أبي حنيفة وهو قول الأوزاعي والثوري، وللشافعي في ذلك قولان كالروايتين.

من تجب له الدية

الدية أو الأرش حق المجنى عليه إذا كان حياً ودية النفس عند الوفاة لورثته على حسب الميراث الشرعي لا خلاف في ذلك بين الأئمة الأربعة وسواء في ذلك أن تكون دية قد وجبت في عمد أو وجبت في شبه عمد أو في خطأ أو عن قتل بسبب، وإذا كانت الدية معتبرة من تركة المجنى عليه فلا يرث منها الجاني إذا كان وارثاً للمجنى عليه لأنه القتل من موانع الإرث، ولو كان خطأ على ما ذهب إليه الحنفية خلافاً لمن لم يجعل الخطأ مانعاً من الإرث كالشافعية.

مقدار الدية فيما تجب فيه من مال

يرى أبو حنيفة رحمه الله أن الدية تدفع من ثلاثة أنواع من المال الإبل والذهب والفضة لا من غيرها. وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنها تدفع منها ومن البقر والغنم والحلل لما روى ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال: وضع عمر رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل

الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة. وما رواه جابر أن النبي ﷺ فرض الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة. رواه أبو داود.

واحتج أبو حنيفة بأن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وقد جعل أساسا للتقدير عادة، وهذه الأشياء خلاف الذهب والفضة ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات ولا غيرها ولم يقبل تقديرها بالإبل إلا بناء على الآثار الواردة بذلك، ولم تعرف تلك الآثار في غيرها. وما روى عن جابر حديث منقطع لا يحتج به، وذكر صاحب المبسوط أن عمر إنما أخذ من البقر والغنم في الابتداء لأنها كانت أموالهم فكان الأداء منها أيسر فأخذها بطريق التيسير فظن الراوي أن ذلك كان بطريق التقدير شرعا.

فلما صارت الدواوين والعطايا وجعلت أموالهم من الدراهم والدنانير والإبل قضى بالدية منها.

وقد جاء في بعض الروايات عن عمر رضي الله عنه أنه قام في الناس خطيبا فقال إلا أن الإبل قد غلت. قال الراوي ففرضها عمر عندئذ على أهل الذهب ألف دينار بعد أن كانت ثمانمائة وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم بعد أن كانت ثمانية آلاف وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة^(١).

ويرى المالكية أنه لا مدخل في الدية لغير الذهب والفضة من الإبل أو ثياب أو بقر. ففي «الموازنة» عن مالك لا يؤخذ فيها بقر ولا حلال ولا تكون إلا من إبل وذهب وورق للآثار الواردة بذلك.

ويرى الشافعي أن الدية تؤخذ من الإبل خاصة فإن لم يكن إبل وجبت قيمتها. فالواجب مائة من الإبل عند وجودها أو قيمتها بالغة ما بلغت بتقد بلد الجاني وإذا وجد بعض الواجب دون بعض أخذ الموجود وأعطيت قيمة الباقي وفي القديم إذا لم يوجد إبل كانت الدية ألف دينار^(٢).

(١) النهاية ٣٠٣ ج٧.

(٢) ص ٤٥٤ الروض الندي.

ويرى الحنابلة أن الدية مائة بعير أو الف مثقال ذهب أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة أو ألفا شاة فتؤخذ من هذه الأنواع الخمسة فقط^(١).

واختلفت الفقهاء في أصل تقدير الدية بالنسبة للذهب والفضة فقيل: إنها أصل وقيل إنها باعتبار قيمة الإبل التي هي أصل باتفاق، ويرى الحنفية أن كلا من الإبل والذهب والفضة أصل. ويرى الحنابلة والشافعية أن الأصل هو الإبل لا غير، وقال القاضي أبو يعلى لا خلاف في المذهب في أن أصول الدية الإبل والذهب والبقرة والغنم وهو قول عمر وعلاء والفقهاء السبعة.

ويحتج الشافعي بحديث الزهري قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً، ثم غلت وصارت قيمة كل بعير أوقيتين وما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار.

وبناء على ما ذكر من أن الدية كان الأصل فيها الإبل فلا يلزم ولى الدم إلا بها فإذا حضر القاتل سواها لم يجب إجباره على أخذه، وإذا ما كان الأصل سواها فعلى ولى الدم قبوله إذا حضر، والخيار للجاني عند تعدد الأصل كما أنه إذا ما صولح على مقدار من جنس ما جعل أصلاً لم تجز الزيادة عليه لما في ذلك من شبهة الربا.

مقدار ما يجب من كل نوع:

الدية نوعان مغلظة وغير مغلظة ولكل منهما سبب لوجوبه وفيما يلي بيان لمقادير كل منهما:

الدية المغلظة عند الحنفية	٢٥ بنت مخاض : هي التي تتبع أمها وقد حملت أو هي التي طعنت في الثانية من عمرها. ٢٥ بنت لبون : وهي التي تتبع أمها وهي ترضع - أو هي التي طعنت في الثالثة من عمرها. ٢٥ حقة : وهي التي بلغت أن يحمل عليها أو هي التي طعنت في الرابعة من عمرها. ٢٥ جذعة : ما طعنت في الخامسة من عمرها.
الدية المغلظة عند الشافعية مثله، وهي رواية عن أحمد	٣٠ جذعة : طعنت في الخامسة. ٤٠ خلفه : والخلفه هي الحامل. ٣٠ حقة : طعنت في الرابعة.

وعند مالك في حال العمد والخطأ عند التخفيف:

مالك	٢٥ بنت مخاض ٢٥ حقة ٢٥ جذعة ٢٥ بنت لبون	كالحنفية
وعند التغليظ مثله	٣٠ حقة ٣٠ جذعة ٤٠ خلفه	كالشافعية

ومن الأقوال السابقة يتبين أن الشارع حين جعل الدية من الإبل أو من غيرها لم يرد أن تكون منها عينا بحيث لا تؤخذ من غيرها من الأموال بل المراد أنها كما تؤخذ مما عينه من الأصناف تؤخذ من غيرها مع مراعاة قيمة ما قدره الشارع، كما دل على ذلك قول عمر الذي أشرنا إليه. ومن ذلك يتبين أن مقدار الدية لا يتغير بتغير الزمن والأسعار إذا ما أخذت الدية من الأصناف التي جعلها الشارع أصلا في تقديرها. أما إذا أخذت من غير هذه الأصناف فإنها تزيد وتنقص تبعا لاختلاف أسعار ما قدره الشارع من الإبل.

وقد اتفق الفقهاء على أن دية الرجل الحر المسلم مائة من الإبل في مال القاتل العائد إذا منع من القصاص مانع ثم اختلفوا هل هي حالة أو مؤجلة فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنها حالة، وقال أبو حنيفة هي مؤجلة في ثلاث سنين على ثلاث أقساط وهي في هذه الحالة خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون ومثلها حقا ومثلها جذع وهي الدية المغلظة.

ويذهب الشافعي إلى أنها في هذه الحال ثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وثلاثون حقة؛ وهي رواية عن أحمد.

وذهب مالك إلى أن الدية في هذه الحالة، وكذلك في حال الخطأ خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون، وعندئذ تجب حالة إلا أن يشترط التأجيل فيهما فتتجم في ثلاث سنين كدية الخطأ، وتغلظ إذا كان القاتل أصلا لفرعه ولو كان الأصل مجوسيا إذا امتنع القصاص لمانع - وضابط ذلك عدم قصد الأصل إزهاق الروح فلإن قصده كأن أضجعه وذبحه فالواجب القصاص وفي هذه الحالة تكون الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها.

وأما دية شبه العمد فهي عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأحمد كدية العمد المحض عند الإمام وأبي يوسف. واختلفت الرواية عن مالك؛ ففي رواية: لا دية فيه على الإطلاق، وفي رواية أخرى أنها تجب في مثل قتل الأب ابنه على وجه الشبهة دون العمد وهي مثلية كما تقدم، وقال الشافعي: الدية في هذه الحالة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وهو قول محمد.

وأما دية الخطأ وما أجرى مجراه فقال أبو حنيفة وأحمد: هي خمس وعشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض. وقال مالك والشافعي: هي كذلك إلا أنهما جعلاً مكان ابن مخاض ابن لبون والدية في هذه الحال مؤجلة على ثلاث سنوات عند الجميع.

واختلفوا في الدراهم والدنانير أتؤخذ منها الديات؟ فذهب أبو حنيفة وأحمد ومالك إلى أنها تؤخذ منها ولو مع وجود الإبل، وقال الشافعي لا يعدل عن الإبل إذا وجدت إلا بالتراضي فإن أعوزت ففي ذلك قولان القديم منها يعدل إلى أحد النقيدين أن من الذهب ألف دينار وأن من الفضة اثنا عشر ألف درهم، والجديد منهما لا يعدل عن الإبل عند إعوازها إلا إلى قيمتها وقت القبض زادت أم نقصت، واتفقوا في الدية من الذهب عند جواز العدول إليه على أنها ألف دينار، واختلفوا في الدية من الفضة فقال أبو حنيفة: عشرة آلاف درهم وزن سبعة مثاقيل، وقال مالك والشافعي وأحمد: اثنا عشر ألف درهم لقضاء عمر بذلك في محضر من الصحابة من غير إنكار منهم. واختلفوا في البقر والغنم والحلل أمي أصل في الدية فيكون الواجب منها مائتي حلة كل حلة إزار ورداء. أم ليست أصلاً وإنما تؤخذ على وجه القيمة، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: ليس شيء من البقر والغنم والحلل أصلاً في الدية ولا مقداراً وإنما يرجع إليه بالتراضي على وجه القيمة، وقال أحمد: البقر والغنم أصلان مقدران في الدية فمن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة وإلى هذا ذهب الصحابان كما ذهباً إلى أن أخذها من الحلل مقدر بمائتي حلة كل حلة ثوبان.

ولا تغليظ للدية إلا من الإبل لأن الشرع ورد بذلك، والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً. ذهب إلى ذلك الحنفية وهو مذهب أحمد كما في «كشاف القناع».

واختلفوا فيما إذا حدث القتل في الحرم أو أقدم الجاني على القتل وهو محرم أو في شهر حرام أو قتل ذا رحم محرم منه، فقال أبو حنيفة: لا تغلظ الدية في حال من هذه الأحوال، وقال مالك لا تغلظ في هذه الأحوال إلا في حال قتل الوالد لولده - كما تقدم - وعندئذ يكون تغليظها من الإبل بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه، أما في الذهب والفضة ففيه روايتان إحداهما لا تغليظ فيهما والأخرى تغلظ. وفي صفة تغليظها عنه روايتان إحداهما أنه يلزم الجاني من الذهب والورق قيمة الدية المغلظة من الإبل بالغة ما بلغت بشرط ألا تنقص في الذهب عن ألف دينار وفي الفضة عن اثني

عشر ألف درهم. ثانيتهما أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ من القيمة فيجعل جزءاً زائداً على دية الذهب أو الورق.

وقال الشافعي: تغلظ الدية في القتل في الحرم أو في الأشهر الحرم، أما في الإحرام ففيه وجهان أظهرهما أنها لا تغلظ. وثانيهما أنها تغلظ بالأسنان فقط لا باللائمان، وقال أحمد: تغلظ الدية في تلك الأحوال كلها وصفته إن كان الضمان بالذهب أو بالفضة أن تزداد بقدر ثلث الدية، وذهب الخرقي إلى أنه لا تغليظ فيها، وإن كانت بالإبل فقياس مذهبه أن التغليظ فيها يكون بزيادة القدر لا بالنسبة^(١).

وكل هذه الأقوال مرجعها إلى الآثار المروية على اختلاف فيما بينها. هذا، ولا يقبل من الإبل معيب ولا أعرج ولا يجب أن تكون من جنس إبله ولا من جنس إبل بلده. وذهب الحنابلة وأصحاب الشافعي إلى أن الواجب من جنس إبل من تجب عليه سواء أكان هو القاتل أم العاقلة؛ لأن وجوب الدية على سبيل المواساة فوجب أن تكون من جنس مالهم كالزكاة وإذا كان لدى من وجبت عليه الدية صنفان من الإبل أخذ من كل صنف بقسطه، وقيل يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء وإن دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثله جاز وإن كان أدون لم يقبل منه إلا أن يرضى المستحق للدية.

ودية المرأة على النصف من دية الرجل باتفاق، وروى ذلك موقوفاً على علي كما روى مرفوعاً إلى النبي ﷺ. وقال الشافعي ما دون ثلث الدية لا يتصف وذلك عام في النفس والأطراف. وتحملها العاقلة من غير خلاف في حال الخطأ أو في حال العمد إذا منع من القصاص مانع ولا تحمل العاقلة من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل فأقل من ذلك وقد أشرنا إلى ذلك.

ودية المسلم والذمي سواء عند الحنفية، وقال مالك دية اليهودي والنصراني على النصف من دية المسلم في العمد والخطأ، وقال الشافعي: دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم في العمد والخطأ. وقال أحمد: دية اليهودي أو النصراني إذا كان لكل منهما عهد وقتله المسلم عمداً مثل دية المسلم وإن قتله خطأ ففيه روايتان إحداهما: ثلث دية المسلم. والثانية: نصف دية المسلم وهي اختيار الخرقي.

(١) كشف القناع ٤ ص ١٨.

واختلفوا في دية المجوسى فقال أبو حنيفة دية المسلم في العمد والخطأ، وقال مالك والشافعى دية ثمانمائة درهم في العمد والخطأ. وقال أحمد في الخطأ ثمانمائة درهم وفي العمد ألف وستمائة درهم.

واختلفوا في ديات نساء أهل الكتاب والمجوس، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: دياتهن على النصف من ديات رجالهن لا فرق بين الخطأ والعمد. وقال أحمد: دياتهن على النصف من ديات رجالهن في الخطأ. أما في العمد فكديات رجالهن.

واختلفوا في العبد إذا قتل هل تجب قيمته بالغة ما بلغت، فقال أبو حنيفة: تجب قيمته بحيث لا تزيد على دية الحر بل تنقص عشرة دراهم عن دية الحر إذا بلغت دية الحر أو زادت. وقال مالك والشافعى وأحمد في أظهر روايته التى اختارها الحرقى: تجب قيمته بالغة ما بلغت. وعن أحمد رواية أخرى تجب قيمته بحيث لا يبلغ بها دية الحر ولم يقدر مقدار التقصان.

واختلفوا في العبد إذا جنى جناية عمد فقال أبو حنيفة والشافعى وأحمد في أظهر روايته: ولى المجنى عليه بالخيار بين القصاص وبين العفو على مال وليس له العفو على رقة العبد واسترقاقه ولا يملكه بجنايته. وقال مالك وأحمد في رواية أخرى: يملكه ولى المجنى عليه بالجناية فإن شاء قتله قصاصاً وإن شاء استرقه وإن شاء أعتقه، غير أن مالك يشترط أن تكون الجناية قد ثبتت بالبينة لا بالإقرار فلإن ثبتت بالإقرار لم يكن له إلا استرقاقه وإذا اصطدم الفارسان الحران فماتا قال مالك وأحمد: على عاقلة كل منهما دية الآخر كاملة، وعن أصحاب أبى حنيفة فيها روايتان إحداهما ما سبقت، والأخرى على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وهو قول الشافعى.

واختلفوا في الحر إذا قتل عبداً خطأ فقال أبو حنيفة: قيمته على عاقلة الحر، وقال مالك وأحمد: قيمته في مال الحر الجانى، وعن الشافعى القولان السابقان.

الأرش

معنى الأرش: يطلق الأرش في اللغة على الدية وعلى الخدش وهو الجرح والخمش، وعلى طلب الأرش أى الدية كما يطلق على الرشوة وما نقص العيب من الثوب؛ لأنه سبب لوجوب الأرش أى العوض، وعلى الخصومة بين شخصين وما يدفع من المال بين السلامة والعيب فى السلعة وعلى الإعطاء.

وأرش الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس.

والأرش فى الشرع المال الواجب فيما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل.

والأرش نوعان: أرش مقدر وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد وأرش الرجل وأرش غير مقدر وهو ما لم يرد فيه نص عن الشارع بالتحديد وترك للقاضى تقديره، ويطلق عليه اسم حكومة العدل. وفيما يلى بيان ما يجب فيه الأرش من الجناية على ما دون النفس.

الأصل وجوب القصاص فى قتل النفس وفى الجروح ما لم يمنع من ذلك مانع؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿... كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصَ فِي الْقَتْلِ ...﴾ (١٧٨) [البقرة] وقوله: ﴿... وَالْجُرُوحِ قِصَاصٌ ...﴾ (٤٥) [المائدة] وموانع القصاص عديدة ليس هذا موضع بيانها إذ بيانها فى الكلام على أحكام القصاص. وإذا امتنع القصاص فى الجروح بسبب من الأسباب المانعة منه كان الواجب عندئذ الأرش، وقد يكون مقدرًا بنص الشارع وقد يكون غير مقدر وهو حكومة العدل، وفيما يلى بيان ذلك:

والكلام فى الجناية على ما دون النفس يتناول موضوعين أحدهما: بيان أنواعها، وثانيهما: بيان حكم كل نوع منها. وأنواعها أربعة: أحدها: إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف، وثانيها: ذهاب منافع الأطراف مع بقاء أعيانها، وثالثها: الشجاج، ورابعها: الجراح.

أما النوع الأول فمقطع اليد والرجل والأصبع واللسان وفقر العينين وقلع الأسنان ونحو ذلك. وأما النوع الثاني فكتفويت السمع والشم والذوق والكلام والجماع والبطش، وتغير لون السن إلى السواد أو الحمرة. ونحوها مع قيام محالها، ويلحق بهذا النوع إذهاب العقل، وأما النوع الثالث فالشجاج وهي إحدى عشرة شجة. أولها. الخارصة التي تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم، ثم الدامعة وهي التي يظهر منها الدم ولا يسيل، ثم الدامية وهي التي يسيل منها الدم، ثم الباضعة وهي التي تقطع اللحم أى تقطعه، ثم المتلاحمة وهي التي تذهب فى اللحم أكثر من الباضعة. هكذا روى عن أبى يوسف. وقال محمد: المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي تلاحم منها الدم وأسود، ثم السمحاق وهي الشجة التي بلغت الجلد الرقيقة فوق العظم وهو اسم لجلدة رقيقة فوق عظم الرأس أيضا، ثم الموضحة وهي التي تقطع السمحاق وتوضح العظم وتظهره، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم، ثم المثقلة وهي التي تنقل العظم بعد كسره، ثم الآمة وهي التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت عظم الدماغ، ثم الدامغة «وهي التي تخرق تلك الجلد» المذكورة، ولم يذكر محمد من هذه الشجاج الخارصة والدامغة؛ لأن الخارصة لا يبقى لها أثر عادة. والشجة إذا لم يبق لها أثر لا حكم لها فى الأرض. والدامغة لا يعيش معها صاحبها عادة بل تتحول إلى إتلاف نفس.

وأما النوع الرابع وهو الجراح فتوعان جائفة وغير جائفة؛ فالجائفة هي التي تصل إلى الجوف ولا تكون فى اليدين والرجلين والرقبة - كما لا تكون الشجة إلا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم كالجهة ونحوها، ولا تكون الآمة إلا فى الرأس والوجه وفى المواضع التي يتخلص منها إلى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات وجزاؤها إلا فى هذه المواضع.

وأما أحكام هذه الأنواع فمختلفة لأن منها ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه أرض مقدر ومنها ما يجب فيه أرض غير مقدر - فهذه أربعة أنواع:

(١) والذي يجب فيه القصاص منها هو ما استجمع شرائط وجوب القصاص وهي أن يكون الجانى عاقلا بالغا متعمدا مختارا وأن يكون المجنى عليه معصوما غير جزء للجانى ولا مملوكا له وأن تكون الجناية مباشرة لا بطريق التسبب، وتحقق المماثلة بين

المحلين في المنافع والفعلين وبين الأرضين؛ لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن وعدمها بمنع القصاص، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...﴾ [المائدة: ٤٥] والآية وإن كانت تحكى ما فى التوراة إلا أنها حكاية لم يعقبها الشارع بإنكار فكانت شريعة لنا كذلك، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾. وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ...﴾ [النحل: ١٦٦]. ومن الشروط كذلك أن يكون المثل ممكن الاستيفاء لأن استيفاء المثل مع تعذره ممتنع، ولذا لا يؤخذ عضو إلا بمثله فلا تؤخذ اليد بالرجل ولا الإبهام بالسبابة ولا اليد اليمنى باليد اليسرى.. وهكذا الحكم فى الأسنان وسائر الأعضاء، ولا يؤخذ العضو الصحيح إلا بالصحيح فإذا امتنع ذلك سقط القصاص ووجبت الدية: والقاعدة العامة فى ذلك وجوب الدية فى مواضع القصاص عند امتناعه لمانع، ولذا لا قصاص فى القطع من لحم الساعد ولا فى القطع من العضو والساق والفخذ ونحوها لعدم إمكان المماثلة بين الفعلين، وإذا كان المانع فى جانب الجانى بأن كان العيب المانع من المماثلة فى طرف الجانى كان المجنى عليه مخيرا بين القصاص وأخذ الدية لأن حقه فى المثل السليم وهو غير موجود فإن شاء رضى ببعض حقه فيه فاقصص وإن شاء انتقل إلى الدية وهى الأرض باعتبارها كل حقه عند امتناع القصاص. وإذا أراد المجنى عليه القصاص على أن يضم إليه قيمة النقص فليس له ذلك عندنا، وقال الشافعى: له ذلك كما لو أتلّف له عدد من ثيابه فوجد مثل بعض الثالف ولم يجد مثلاً للباقي فإنه يأخذ ما وجد من المثل وقيمة ما لم يجد له مثلاً.

وللحنفية أنه قادر على استيفاء أصل حقه وليس يفوته مع ذلك إلا الوصف وهو صفة السلامة فإذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصا كان ذلك منه تنازلا عن الصفة كما إذا رضى عن تالف بمثل أقل منه جودة لم يكن له طلب زيادة عليه.

ولو ذهبت الجارحة المعينة قبل طلب قطعها بطل حق المجنى عليه فى القصاص لزوال محله ووجب الأرض إن كان قطعها يحق كقطع اليد بسبب السرقة ولا أرش له إن قطعت بسبب سماوى أو قطعت ظلما، وقال الشافعى له الأرض فى الحالين.

وللحنفية فى الفرق بين الحالين أنها تعتبر موجودة حكما إذا ما قطعت بحق كحق السرقة؛ لأنه فى هذه الحال قضى بطرفه حقا مستحقا عليه قضاء فكان كأنه قائم وتعذر القصاص مع قيامه فيجب الأرض كاملا، ولا قصاص إذا ما تعدد الجانى وكانت جنايتهما

واحدة كما إذا قطع اثنان يد رجل بل يكون عليهما الأرض نصفين خلافا لأبي يوسف إذ لا مماثلة بين قطع أيد بيد أو أرجل برجل. ولا يجرى القصاص بين طرفي الذكر والأنثى والحر والعبد لاختلاف الأرض؛ وذلك لعدم معرفة التساوي في الأرض عندئذ لأن أرض الذراع حكومة العدل وذلك بالحرز والظن فلا يعرف التساوي بين أرضهما لاختلاف الحرز.

وأما الشجاج فلا خلاف في وجوب القصاص في الموضحة لإمكان الاستيفاء مع المماثلة؛ إذ لها حد تنتهي السلاح إليه وهو العظم، ولهذا لا دية فيها إلا إذا منع من القصاص فيها مانع وكذلك لا خلاف في أنه لا قصاص فيها بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيها على وجه المماثلة، أما ما قبل الموضحة ففي الأصل لمحمد أن القصاص يجب في الموضحة والسحق والباضعة والدامية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص في ذلك ما عدا الموضحة وعن النخعي ما دون الموضحة خدوش وفيها حكومة العدل.

(٢) وأما ما يجب فيه دية كاملة من الجراح فهو ما أدى منها إلى وفاة المجروح عند امتناع القصاص، وفيه القصاص إذا توفرت شروطه وإذا لم يؤد إلى وفاة المجروح فلا قصاص، وبناء على ذلك لا قصاص بين الذكر والأنثى في الأطراف لعدم المماثلة، ولذا كان الواجب في الجرح عندئذ المال على حسب ما يأتي ولا بين أطراف الحر والعبد لعدم المماثلة في الأرض، فالأرض في الأحرار مقدر شرعا وفي العبيد الواجب فيها القيمة، وقد يختلفان وإذا تساويا فأحدهما مبناه الحذر والظن وهو الواجب في جروح العبيد، وذلك ما تختلف فيه الأنظار بخلاف الأرض الواجب في الأحرار وذهب الشافعي إلى أن المساواة في الأرواح غير معتبرة في جروح الأحرار. لجريان القصاص بينهم في النفس فيجرى كذلك في الأطراف وكذلك بين الذكر والأنثى الحرين. ويرى الحنفية أنه لا مماثلة بين أرضيهما فلا قصاص لذلك بين طرفيهما وكذلك لا قصاص بين طرفين صحيح وأشل ولا بين الأظافر لانعدام المساواة في الأرض. فأرش الأظافر مرده إلى الحكومة وهي قائمة على الحذر والظن وذلك ما تختلف فيه الأنظار.

ما يجب في الجروح - تجب الدية إذا ترتب على الجناية فوات المنفعة المقصودة عن العضو على الكمال؛ وذلك إما بإبانة العضو أو بإذهاب منفعته مع بقاء صورته.

وأما ما يجب بإبائه الدية من أعضاء الجسم فثلاثة أنواع: نوع لا نظير له في الجسم، ونوع في الجسم منه اثنان، ونوع في الجسم منه أربعة.

أما ما لا نظير له في الجسم فسته أعضاء وهي الأنف واللسان إذا ذهب بقطعه أو بقطع بعضه الكلام والذكر والصلب إذا أهدوب بالضرب وانقطع المنى ومسلك البول ومسلك الغائط، وفي المرأة إذا حصل بالجناية الإفضاء؛ ففي كل واحد منها الدية كاملة.

وما في الجسم منه اثنان: العينان والأذنان والشفتان والحاجبان إذا ذهب شعرهما والثديان والحلمتان والأثنيان ففي كل اثنين منها الدية كاملة وفي أحدهما نصف الدية.

وما في الجسم منه أربعة فنوعان أحدهما أشفار العينين إذا لم تنبت الأهداب ففي كل شعر منها ربع الدية، والثاني الأهداب وهي شعر الأشفار إذا لم تنبت.

وأما ما تجب الدية بذهاب منفعة مع بقاء صورته فذلك ما يتمثل في ذهاب العقل أو البصر أو الشم أو الذوق أو الجماع أو الأحيال بضربة تصيب الجسم، فلو ضرب إنسان آخر فترتب على ذلك زوال منفعة من هذه المنافع وجبت الدية كاملة بأن ذهب عقله أو سمعه أو بصره أو سقط شعره؛ لأن هذه منافع مقصودة وقد فاتت كلها فتجب الدية، وقال الشافعي: لا يجب في سقوط الشعر إلا حكومة عدل ذلك لأنه لا يجب كمال الدية إلا بإتلاف النفس لأنها بدلها إلا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين إذ تفويت منفعة الجنس تكون عنده النفس تالفة من وجه فوجبت لذلك الدية وليس يوجد ذلك في حلق الشعر فتجب فيه الحكومة.

ولأبي حنيفة أن في فوات الشعر فوات جمال مقصود فيشبه فوات بعض الأعضاء فوجبت لذلك الدية.

شروط وجوب الدية في الجراح:

ولا تجب الدية فيما تقدم إلا بشروط:

(١) أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص، فأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ بالنظر إلى وجوب الدية فيه.

(٢) أن يكون المجنى عليه ذكراً فإن كان أنثى كان الواجب دية الأنثى وهي نصف دية الذكر سواء أكان الجاني ذكراً أم أنثى.

(٣) أن يكون الجاني والمجنى عليه حرين فإن كان المجنى عليه رقيقاً، فالواجب في ذلك القيمة على قول أبي حنيفة، وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال كل شيء من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة، وكذلك الجراحات، وعموم هذه الرواية يقضى بأن كل شيء من الحر فيه قدر من الدية ففيه من العبد ذلك القدر من قيمته لا فرق بين ما يقصد به المنفعة كاليد وما يقصد به الجمال والزينة كالحاجب والشعر.

والحاصل أن ما يقصد به المنفعة فيه القيمة رواية واحدة، وما يقصد به الزينة فيه روايتان: إحداهما عن محمد أن الواجب فيه ما نقصه العبد بأن يقوم مع الجناية عليه ثم يقوم سليماً ليس به الجناية ويغرم الجاني الفرق بين القيمتين، وإلى هذا ذهب أبو يوسف في أحد قوليهِ. والرواية الأخرى في ذلك وجوب قيمة العبد كلها؛ ووجه هذه الرواية أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما وجبت دية الحر كلها في مثل ذلك وجبت قيمة العبد كذلك، وعند وجوب القيمة يرى أبو حنيفة أنها لا تصل إلى الدية فتساويها بل يجب أن تنقص عنها بعشرة دراهم على الأقل وهو القدر المعتبر في نصاب حد السرقة أو في المهر.

وأما ما يجب فيه الأرض المقدر من الشارع فالقاعدة فيه:

أن كل اثنين يجب فيهما دية كاملة يكون الواجب في أحدهما نصف الدية كإحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت الأهداب والشفتين والأنتين واليدين والحلمتين يستوى في ذلك اليمين واليسار؛ لأن حديث عمرو بن حزم لم يفصل بينهما وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية وهي سواء في ذلك، وسواء في ذلك أقطع الأصابع وحدها أم قطع الكف معها، والشلل كالقطع لفوات المقصود وفي كل مفصل من أصبع فيه ثلاثة مفاصل ثلث دية الأصبع فإن كان فيه مفصلان فتصفها وهكذا. وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان في ذلك كلها سواء ولو ضرب رجلاً ضربة فألقى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة أحماس الدية؛ لأن الأسنان ٣٢ في كل سن نصف عشر الدية فجملة ديتها $٣٢ \times \frac{١}{٢} = ١٦$ من الدية.

وأما الشجاج ففي الموضحة إذا برئت وبقي لها أثر خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المثقلة خمسة عشر، وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة أرش مقدر، وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها عند أبي

حنيفة، وقال أبو يوسف: فيها حكومة الألم، وقال محمد: فيها أجره الطبيب ولا ضمان في الضرب إذا لم يترك أثرا وإن كان موجعا.

ومن شج رأس إنسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله وجب عليه الدية كاملة، وفي دخول أرش الموضحة في هذه الدية قال الطرفان لا يدخل إلا في دية الشعر والعقل، وقال أبو يوسف: يدخل في دية الجميع إلا في دية البصر وقال زفر: لا يدخل في شيء من ذلك أصلا. فالجنايتان مختلفتان، ولكل أرش مستقل. ولأبي يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيها أرش الموضحة كالعقل بخلاف البصر، وهذا الفرق منقوض بالشعر لأنه ظاهر ويدخل فيه أرش الموضحة. ولأبي حنيفة ومحمد أن التفرقة بين الشعر والعقل وبين غيرهما بينة ففي الشعر والعقل أصابت الجناية عضوا واحدا هو الدماغ بفعل واحد وبسبب واحد؛ فالذي حدث من الجاني هو فعل واحد ووجوب الأرش بسبب فوات الشعر وذلك متحقق في الموضحة ولا يضير أن الفائت فيها أقل مساحة، ألا يرى أنه إذا قطع رجل أصبع آخر فشلت اليد بسبب ذلك دخل أرش الأصبع في دية اليد؟ كذلك هذا، وفي العقل تحب دية النفس كلها لفواتها معنى بفوات العقل فدخل فيها أرش الموضحة كما في تلف النفس بطريق السراية من موضحة. أما السمع والبصر فإن سبب الوجوب في كل منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب، وامتنع لذلك التداخل. وتدخل دية هذه الأشياء كلها في دية النفس عند السراية إليها.

والشجاج كلها سواء في التداخل قلت أو كثرت إذا لم يتجاوز أرشها الدية وإلا زيد على الدية بقدر زيادة الأروش عنها فلو كانت الشجاج أربع أو أن ذهب بسببها الشعر كان الواجب دية وثلاث بعد سقوط قدر الدية من ديات الشجاج لتداخله في الدية الواجبة بسبب سقوط الشعر.

وذهب زفر إلى أنه لا تداخل والواجب عندئذ ديتان وثلاث دية ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه نظر إلى أرش الموضحة وإلى حكومة العدل الواجبة في الشعر فإن كانا سواء أو كان أرش الموضحة أقل من حكومة العدل لم يجب إلا أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر دخل الأقل في الأكثر أيهما كان لأنهما واجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة.

وإذا قطع الكف وفيه ثلاثة أصابع فأكثر وجبت دية الأصابع ولا شيء في الكف لأنه تبع، وإذا كان فيه أقل من ثلاثة أصابع وجب أرش ما بقي منها فيه وإن كان مفصلا

واحدًا، ولا يجب في الكف شيء عند أبي حنيفة؛ لأن الأصل عنده أنه إذا بقي في الكف شيء من الأصابع له أرش معلوم، ولو كان مفصلاً واحداً دخل أرش الكف في أرش ما بقي من الأصابع. وعندهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر إلى حكومة العدل الواجبة في الكف وإلى أرش ما بقي من الأصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما، ولو قطع اليد مع الذراع ففي الكف مع أصابعها الدية وفي الذراع حكومة العدل في قول الطرفين، وقال أبو يوسف: يدخل أرش الذراع في دية اليد، وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو اليد من العضد أو الرجل من الفخذ فعند أبي حنيفة ومحمد أصابع اليد لا يتبعها إلا الكف فلا يدخل في أرشها إلا أرش الكف وأصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في أرشها إلا أرش القدم، وعند أبي يوسف أن ما فوق الكتف من اليد تبع وكذلك ما فوق القدم من الرجل فيدخل أرش التبع في المتبوع.

وأما سائر جراحات البدن إذا برئت وبقي لها أثر ففيها حكومة العدل وإن لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة، أما إذا مات منها المجنى عليه سراية وكانت خطأ وكان المحدث لها أكثر من شخص واحد وكانت كلها مضمونة فالدية على من أحدث بعددهم ولا عبرة بعدد الجراحات فهي نصفان بين الجارحين وأثلاثا بين ثلاثة أحدثوا الجراح دون نظر إلى عدد الجراح من كل منهم وإن كان بعض الجراحات مضمونا وبعضها غير مضمون فالحكم كما يأتي: إذا جرح المجنى عليه شخص وسبع «فمات المجنى عليه فعلى الرجل نصف دية والنصف الآخر هدر لأن جناية العجماء هدر ولا عبرة في هذا أيضا بعدد الجراحات مع ملاحظة جعل الجراحات غير المضمونة كلها وهي التي ليس لها حكم يلزم محدثها كجراحة واحدة يهدر بها نصف الدية.

وهذا إذا كان المجنى عليه حراً ذكراً فإن كان أنثى حرة فالواجب في دية جروحها على النصف من الواجب في جروح ماثلة لها من الحر الذكر لأنه إذا نصف بدل النفس إجماعاً فكذا ينصف بدل ما دونها. وذهب أهل المدينة إلى أن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها فأرشها أرش الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد على الثلث تنصف أرشها.

ولكن القول بما ذهب إليه أهل المدينة يؤدي إلى قلة الأرش عند كثرة الجناية وذلك غير معقول، وإلى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريعة الرأي فقد سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة فقال: فيها عشر من الإبل، قال: فإن قطع ثلاثة؟ قال: ففيها ثلاثون من الإبل. قال: فإن قطع أربعة؟ قال: ففيها عشرون من الإبل. فقال

ربيعه: لما كثرت جراحها وعظمت مصيبتها قل أرشها. فقال سعيد: أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال: هكذا السنة يابن أخى يعنى سنة زيد بن ثابت. واستناد سعيد إلى سنة زيد يدل على عدم ثبوت ما روى فى ذلك من حديث يؤيده وإلا لأحال على سنة رسول الله ﷺ.

أرش الجنين:

إذا ضربت حامل على بطنها فألقت جنينا وهو حر كانت فيه الغرة عبد أو أمة سواء ألقته حيا أم ميتا متى كان قد استبان بعض خلقه فظهر أنه جنين، فإن لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه؛ لأنه حيثئذ مضغة ولا فرق بين أن يكون ذكرا أو أنثى. وقد روى عنه ﷺ أحاديث تقضى بذلك منها أنه قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم وكان ذلك بيانا للغرة وتقديرا لها.

وذهب الشافعى إلى أنها مقدرة بستمائة درهم وذلك للاتفاق على أن الواجب فى الجنين نصف عشر الدية والدية تختلف فى قدرها بين عشرة آلاف واثنى عشر ألف درهم وتجب الغرة على العاقلة لما رواه المغيرة بن شعبة قال: كنت بين جاريتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فألقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين. وهى ميراث بين ورثة الجنين عند عامة العلماء، وقال مالك: لا تورث وهى للأم خاصة ولا كفارة عار الضارب وأما إذا ألقته حيا ثم مات فالدية كاملة على الضارب. وعليه الكفارة لما تحقق أن ذلك قتل لنفس فى معنى الخطأ. وإذا خرج الجنين بعد موتها ميتا ففى الأم الدية ولا شيء فى الجنين خلافا للشافعى، ووجه قول الحنفية أن موت الجنين يحتمل أن يكون بسبب موت الأم، ويحتمل أن يكون بسبب الضرب وإنما عرف الضمان بالنص فى حال مخصوصة وهى ما إذا خرج ميتا قبل موت الأم فيقتصر على ما ورد فيه النص.

ما تحمله العاقلة من الأروش:

إذا بلغ أرش الجناية فيما دون النفس نصف عشر الدية فصاعدا تحمله العاقلة وهو خمسمائة فى الذكور ومائتان وخمسون فى الإناث، أما فيما دون ذلك فلا تحمله العاقلة عند الحنفية؛ إذ إن تحملها على خلاف القياس وإنما صرنا إليه بحديث الغرة وهى نصف عشر الدية، أما ما دون ذلك فلا يتناوله هذا الحديث فبقى على الأصل فلا تحمله العاقلة.

وقال الشافعي: تحمل العاقلة القليل كما تحمل الكثير لأنها إنما حملت لمعنى النصره منها وذلك متحقق في القليل والكثير ثم ما بلغ نصف عشر الدية إلى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة. أما ما زاد على ذلك فيؤخذ في السنة الثانية إلى ثلثيها وما زاد على ذلك ففي الثالثة مراعاة لحكم الدية كاملة.

وأما ما فيه حكومة العدل وهو ما لم يقدر له الشارع أرشا ففيما يلي بيانه.

جاء في شرح الدر وابن عابدين عليه من كتاب الدية حكومة العدل إن كانت مثل أرش الموضحة أو دونها لا تتحملها العاقلة، وإن كانت أقل من ذلك فلا دية فيه عند أصحابنا واختلف في ذلك المتأخرون فقال شيخ الإسلام: الصحيح عدم تحمل العاقلة ذلك، كذا «التتارخانية» ويقابله أن العاقلة تتحملة^(١).

أحكام العفو عن الدية وما يترتب عليه:

إذا وقعت الجناية فتعين الجزاء فيها مالا دية أو أرشا كان لمن له الحق فيه أن يعفو عنه وأن يبرئ منه وكان لذلك حكم الإبراء من الدين ومراعاة وقته من أنه وقت صحة أو وقت مرض إذا كان العفو أو الإبراء عن المال عند وجوبه؛ فإن كان العفو عن القطع الذي يوجب المال سواء كان ذلك بنص الشارع أو بحكومة العدل فإما أن يكون عفواً في حال العمد أو في حال الخطأ، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون عن القطع وحده وإما أن يكون عن الجناية بأن قال عفوت عن هذه الجناية أو عن القطع وما يحدث منه.

إن كانت الجناية عمداً وقال المجنى عليه عفوت عن القطع لا يكون ذلك عفواً عن سرايته إذا سرى فترتب عليه الموت عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه وعلى ذلك يضمن القاطع الدية عنده، وهذا هو الحكم في العفو عن الشجة أيضاً. وقال صاحبان يكون ذلك عفواً عن النفس أيضاً فلا ضمان إذا مات لأن العفو حينما يضاف إلى الفعل من القطع أو الشجة لا يراد منه إلا موجهه لأن الفعل نفسه لا يحتمل العفو وموجهه، أما ضمان الطرف المقطوع إن اقتصر القطع فلم يسر وأما ضمان النفس إن سرى فصار ذلك كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه؛ ولأن اسم القطع أو الشجة يتناول السارى منهما والمقتصر لأنه جنس يشمل العفو عنه ما يترتب على كل منهما كما إذا أمر إنسان آخر بقطع يده فقطعها وسرى ذلك إلى النفس لم يجب له شيء لأن إذنه بالقطع يتناوله فكذلك العفو عنه يتناول ما يحدث منه وكثيرا ما يذكر السبب ويراد به المسبب.

(١) ابن عابدين على الدردير ج ٥ ص ٤١٦.

وقال أبو حنيفة: إن حق المجنى عليه في القتل دون القطع وبالسراية تعين أن الجناية قتل منذ البداية ومع ذلك يكون عفوه عن القطع عفوا عن غير حقه فبطل، وتجب الدية ولم يجب القصاص للشبهة التي أورثها إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر، وكذلك الحكم إذا كانت الجناية خطأ حتى إذا قال المجنى عليه عند قطع يده عفوت عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده، ولو قال: عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالإجماع، حتى إذا مات من هذا القطع لم تجب دية غير أنه يعتبر عفوه من ثلث التركة لأن موجب المال، وقد حدث في مرض موته لتعلق حق ورثته به كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان القطع عمدا حيث يصح العفو من جمع المال لأن موجببه عندئذ القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال.

القسامة

يطلق اسم القسامة في اللغة على اليمين والقسم وعلى الجماعة يقسمون على الشيء ويأخذونه أو يشهدون وعلى الأيمان. يقال: حكم القاضي بالقسامة أى باليمين، كما يطلق على أولياء الدم وعلى أيمانهم، وعن هذا أطلق فقط على الأيمان التي يحلفها أولياء الدم عندما يدعون القتل على غيرهم وعلى أيمان من ادعى عليهم إزهاق نفس على الصورة الآتية بيانها:

إذا وجد قتيل في محلة أو دار أو في موضع قريب من المحلة بحيث يسمع صوت من يصيح فيه من بالمحلة ولم يعرف قاتله كان لأولياء دم هذا القتل أن يتخيروا من أهل هذا المكان الذي وجد فيه خمسين رجلا يعرض على كل منهم بناء على دعوى أولياء الدم وطلبهم أن يحلف بالله ما قتله ولا علمت له قاتلا، فإذا حلفوا غرموا الدية. ومن نكل منهم حبس إلى أن يحلف أو يقر، وهذا عند الحنفية.

ولا قسامة إلا بعد دعوى على أهل المكان بالقتل وطلب لأيمانهم وذلك بعد أن يكون الذي وجد قتيلا وذلك بأن يكون به أثر القتل من جراحة أو خنق أو أثر ضرب أو نحو ذلك مما يدل على أنه قتل، فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة ولا دية إذ الظاهر أنه حيثئذ ميت حتف أنفه، ويجب أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتل مملوكا لأحد أو في يد أحد وإلا فلا قسامة ولا دية، ولذا لا قسامة إذا وجد في موضع لعامة الناس أو لجماعة لا يحصون لأن القسامة إنما وجبت واستتبع الدية لظهور تقصير أهل هذا الموضع في المحافظة عليه وفي حراسته حتى وقع فيه ما وقع، فإذا لم تكن الحراسة

مطلوبة من أحد بعينه فلا تقصير ولا قسامة، ولذا لا قسامة في قتل وجد بالمسجد الجامع ولا في طريق عام ولا في حبس عام، وعندئذ تجب الدية في بيت المال لأن تدبير أمر هذه المواضع العامة إلى السلطان فكانت الدية في الأموال العامة.

وإذا لم يكن من أهل الموضع خمسون رجلاً تكرر الأيمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا؛ لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك بمحضر من الصحابة مع عدم إنكار أحد منهم. ولا قسامة فيما دون النفس من الجنائيات.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية، وقد استدلوا بما روى عن زياد بن أبي مريم قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ قال: إني وجدت أخى قتيلاً في بني فلان، فقال عليه الصلاة والسلام: «اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً»، فقال: يا رسول الله أليس لي من أخى إلا هذا فقال ﷺ: «بل لك مائة من الإبل» فدل ذلك الحديث على أن القسامة واجبة على أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة.

وذهب الشافعي إلى أنه إذا وجد قتيلاً في محلة منفصلة عن بلد كبير ولا يجاورها بلد كبير أو في قرية صغيرة يسكنهما أعداء له أو أعداء لأهله وكان هناك لوث - والمراد به قرينة حالية أو مقالية تؤيد صدق المدعى للدم في دعواه القتل على أحد من أهل هذا الموضع - كان لورثته الحق في القسامة بشرط ادعاء القتل على شخص معين منهم مع بيان صفته من عمد أو خطأ وانفراد به أو اشتراك مع غيره فيه فيحلف المدعى خمسين يمينا على أن قاتله فلان عمداً أو خطأ، ولا يشترط تواليها على المذهب، وإذا تعدد الورثة بأن كان له أكثر من وارث وزعت الخمسون عليهم بحسب الإرث. وفي قول: يحلف كل منهم خمسين يمينا ولو نكل أحدهم كمل الآخر الأيمان وأخذ حقه في الدية كما هو الحكم في حال غيبة أحدهم، وإن أبى الحاضر أن يحلف انتظر حضور الغائب فإن حلفوا استحقوا الدية على عاقله المدعى عليه سواء كانت الدعوى بقتل خطأ أم عمداً.

وقد استدل الشافعي رحمه الله تعالى فقال: أخبرنا مالك^(١) عن ابن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل بن أبي حيثمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما ففترقا في حوائجهما فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في فقير^(٢) أو عين فأتى يهود فقال

(١) الأم ج٦ ص ٧٨.

(٢) الفقير مخرج الماء من القناة.

أنتم والله قتلتموه، فقالوا: والله ما قتلناه فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك لهم فأقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول فذهب محيصة يتكلم وهو الذي كان بخير فقال رسول الله ﷺ لمحيصة: كبير كبير يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله ﷺ إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب فكتب إليهم رسول الله ﷺ في ذلك فكتبوا إليه إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا: لا، قال: فتحلف يهود، قالوا: ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار. قال سهل لقد ركضتني منها ناقة حمراء. قال الشافعي: أخبرنا الثقفى قال: حدثني يحيى بن سعيد وأخبرنا ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حيثمة عن النبي ﷺ مثل معنى حديث مالك.

قال الشافعي: فإذا كان مثل هذا السبب الذي حكم به رسول الله ﷺ فيه بالقسامة حكمنا بها وجعلنا فيها الدية على المدعى عليه، وإذا لم يكن مثل ذلك السبب لم نحكم بها، فإن قال قائل وما مثل السبب الذي حكم فيه رسول الله ﷺ؟ قيل: كانت خيبر دار يهود التي نزل فيها عبد الله بن سهل محضة لا يخلطهم فيها غيرهم، وكانت العداوة بين الأنصار واليهود ظاهرة وجرح عبد الله بن سهل بعد العصر ووجد قتيلًا قبل الليل فكاد أن يغلب على من علم هذا أنه لم يقتله إلا بعض يهود، وإذا كانت دار قوم محقة لا يخلطهم فيها غيرهم وكانوا أعداء للمقتول أو قبيلته ووجد القاتل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم فلمهم القسامة، وكذلك إذا كان مثل هذا المعنى مما يغلب على الحاكم أنه كما يدعى المدعى على جماعة أو على واحد، وذلك مثل أن يدخل نفر بيتًا فلا يخرجون منه إلا وبينهم قتيل، وكذلك إن كانوا في دار وحدهم؛ لأن الأغلب أنهم قتلوه أو قتله بعضهم، وكذلك أن يوجد في صحراء أو ناحية ليس إلى جنبه عين ولا أثر إلا رجل واحد مختضب بدمه في مقامه ذلك، أو يوجد قتيل فتأتى جماعة متفرقة من المسلمين من نواح لم يجتمعوا فيثبت كل واحد منهم على الانفراد على رجل أنه قتله فتواطأ شهادتهم ولم يسمع بعضهم شهادة بعض، وإن لم يكونوا ممن يعدل في الشهادة أو يشهد شاهد واحد عدل على رجل أنه قتله؛ لأن كل سبب من هذا يغلب معه على عقل الحاكم أنه كما ادعى ولي الدم أو أولياؤه، ولهم عند ذلك أن يحلفوا على واحد من أهل القرية أو البيت أو الجماعة أو على أكثر من واحد أنه القاتل، وإذا وجبت القسامة فلأولياء القاتل أن يقسموا وإن كانوا غيبا عن موضع القاتل؛ لأنه قد يمكن أن

يعلموا ذلك باعتراف من القاتل أو بينة تقوم عندهم لا يقبل الحاكم منهم غير ذلك من وجوه العلم التي لا تفيد قطعاً.

وذهب المالكية إلى أن القسامة خمسون يمينا متوالية على البت لا على نفس العلم بالقاتل وتجب عندما يوجد قتيل في ظروف ينشأ عنها غلبة الظن بصدق المدعى، وذلك قد يكون عند ادعاء القتل على معين عمداً أو ادعائه على غير معين من جماعة معينة عمداً أو خطأ مع وجود قرائن تؤيد المدعى في دعواه وتورث الظن بصدقه فإذا ادعى ولي القتيل على آخر أنه قتل موليه عمداً، وكان ذلك مع اللوث وحلف خمسين يمينا أن فلانا المدعى عليه قد قتل فلانا عمداً فإنه يقتصر من المدعى عليه. ومن اللوث أن يقول القتيل قبل وفاته قتلني فلان عمداً أو خطأ فإنه عند ذلك يقبل قوله ويكون لوثاً بشرط أن يشهد على إقراره عدلان فأكثر وأن يصبر على قوله إلى وفاته، وأن يكون به جرح أو أثر ضرب وإذا أطلق فلم يذكر عمداً ولا خطأ كان للولي البيان وعليه أن يقسم على ذلك، فإذا حلف على العمد خمسين يمينا اقتيد له وإن حلف على الخطأ خمسين يمينا أخذ الدية وإذا تعدد الأولياء واختلفوا في وصف القتل فلا قسامة، ومثله في الحكم إذا قالوا كلهم قتله عمداً ونكلوا عن اليمين.

أما في دعوى الخطأ إذا اختلفوا في الوصف بعد ذلك فقال بعضهم لا نعلم أكان القتل عمداً أم خطأ فلمدعى الخطأ أن يحلف خمسين يمينا وله خطر من الدية كما لو نكل بعضهم عن اليمين بلا خلاف بينهم - وإذا حلفوا كل منهم خمسين يمينا استحقوا الدية على عاقلة المدعى عليه وإذا شهد اثنان على أن القاتل الذي شاهدوه دخل في جماعة ولا يعلمون من هو منهم كان على كل فرد من الجماعة أن يحلف خمسين يمينا. فإذا حلفوا جميعاً أو نكلوا جميعاً فالدية في أموالهم واجبة للأولياء وإن حلف بعضهم ونكل البعض فالدية على الناكل وحده في ماله بلا قسامة على الأولياء، وهذا إذا كان القتل عمداً، فلو كان خطأ فالدية على عاقلتهم إن حلفوا أو نكلوا.

وفي «المدونة» قال مالك: إذا ادعى أولياء الدم على جماعة أن فلانا منهم قتل مولاهم عمداً وأقسموا على ذلك كل خمسين يمينا وكان لهم لوث من بينة أو تكلم من المقتول أو قامت البينة على أنهم ضربوه ثم مات أيكون لهم القود من المدعى عليه قال: نعم فإن ادعوا أن القتل خطأ وجاءوا بلوث من بينة على أنهم ضربوه وأقسموا على ذلك خمسين يمينا فإن لهم الدية.

وعند الحنابلة لا قسامة إلا بشروط أحدها دعوى القتل عمداً أو خطأً أو شبه عمد على واحد معين مع اللوث. واللوث هو العداوة الظاهرة كالضغن بين المقتول والقاتل واتفاق الأولياء في الدعوى فإن كذب بعضهم بعضاً فادعى أحدهم القتل وخالف آخر فلا قسامة.

وإذا كانت على أهل مدينة أو أهل محلة أو على غير معين لم تسمع ولا بد أن يكون من المدعين ذكر واحد على الأقل ويبدأ بأيمان المدعين فيحلف كل خمسين يميناً أن فلانا المدعى عليه قتله فإذا حلفوا ثبت حقهم قبله وإن نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يميناً فإن حلف برئ فإذا كانت الدعوى عمداً استحقوا القود بأيمانهم إلا أن يمنع مانع منه وإذا ردت اليمين إلى المدعى عليه حلف خمسين يميناً بالله ما قتله ولا أعلم له قاتلاً فإن لم يحلف وجبت الدية في ماله. والله أعلم وهو الموفق للصواب.

محتويات الكتاب

صفحة

القسم الأول دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء

٥	مقدمة
٧	نظرية الضمان في الفقه الإسلامي
٧	مخالفة الإنسان لما تجب عليه طاعته تستوجب مسئوليته - التعريف بالضمان
٨	التعريف بالضمان في لسان الفقهاء
١٠	دليل شرعية الضمان
١١	أسباب الضمان
١٢	السبب الأول: إلزام الشارع
١٣	الغاية فيما ألزم به الشارع من مال
١٦	السبب الثاني: الالتزام - الضمان المترتب على العقود
١٨	معنى ضمان العقد
١٩	الفرق بين ضمان العقد و ضمان الإلتلاف و ضمان اليد
٢٠	النقود التي تفيد ضمانا
٢٤	الضمان بناء على التزام بالنيابة
٣٤	السبب الثالث: الفعل الضار
٣٨	الضرر
٤٢	نقص المغصوب وزيادته لدى الغاصب
٤٤	أنواع الضرر وما يترتب عليها
٤٦	الضرر المفترض ونظرية تحمل التبعة
٤٨	شروط وجوب الضمان
٥٣	هل يلزم في الضرر الموجب للتعويض أن يحدث نتيجة اعتداء
٥٥	مثل من الفعل الضار
٥٧	ما فيه ضمان المال جميعه
٥٨	ما فيه ضمان بعض المال - في المباشرة والتسبب
٦٨	إلتلاف المال بأمر الغير
٦٩	في تعدد الأسباب بتعدد الفاعلين
٧٠	الشرط - التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعمال الحق

٧٨	السبب الرابع: يد الضمان - يد الأمانة ويد الضمان
٨١	حكم يد الأمانة وحكم يد الضمان
٨٣	الغصب
٩٠	ما يصح غصبه من المنافع - القول في غصب العقار
٩٢	موجب الغصب والتعدي والضمان الواجب
٩٥	رد قيمة المغصوب أو مثله
١٠٢	ما يتخير فيه المالك بين التضمن والتمسك بما له
١٠٧	الأيدى المترتبة على يد الغاصب
١٠٩	يد غاصب الغاصب
١١٢	يد المشتري من الغاصب
١١٧-١١٢	مذهب الحنفية - مذهب المالكية - مذهب الشافعية - مذهب الحنابلة
١٢٠	استقرار الضمان عند توالى الأيدى العادية
١٢٣	مذهب الشافعية والحنابلة
١٢٤	مذهب المالكية
١٢٥	أيدى الضمان الأخرى
١٤٥	الحيلولة
١٥٠	الغرور
١٥٦	أساس التضمن في الفقه الإسلامي وما يترتب عليه من حكم
١٦٧	موانع رد المغصوب وموانع ضمانه
١٧٦	مسئولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه
١٧٨	فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر
١٨٣	فيما يحدثه الحيوان في الطريق وما يحدثه في الزرع من ضرر
١٨٦	المستول عن جناية الحيوان
١٨٧	ضمان ما تلف بسقوط المباني

القسم الثاني الكفالة - الديات

١٩٣	التعريف بالكفالة
١٩٤	الكفالة بالمال - التعريف بها وأثرها
٢٠١	مشروعية الكفالة
٢٠٢	ركن الكفالة - الإيجاب في الكفالة

٢٠٥	طبيعة عقد الكفالة
٢٠٦	الجعل على الكفالة
٢٠٧	أحوال الصيغة - حال التنجيز
٢٠٨	توقيت الكفالة
٢١٢	إضافة الكفالة
٢١٧	تعليق الكفالة
٢١٩	اقتران الكفالة بالشرط
٢٢١	مذهب الحنفية في الشروط
٢٢٢	تطبيقات
٢٢٨-٢٢٥	مذهب الزيدية - مذهب المالكية - مذهب الشافعية - مذهب الحنابلة
٢٢٩	مذهب الشيعة الجعفرية
٢٣٠	حكم الكفالة المؤقتة والمضافة والمعلقة والمقترنة بالشروط في القانون
٢٣٢	شروط الكفالة - كفالة المريض
٢٣٣	كفالة السكران - ضمان الزوجة - ملاءة الكفيل
٢٣٤	معرفة المكفول والمكفول له والمكفول به
٢٣٥	شروط المكفول عنه
٢٣٧	شروط المكفول له
٢٣٨	شروط المكفول به
٢٣٩	كفالة النفقة
٢٤٣	كفالة الأعيان
٢٤٥	كفالة الأعمال
٢٤٦	ضمان الدرك - الكفالة بالالتزام الباطل
٢٤٩	شروط الصيغة - الباعث على الكفالة
٢٥٠	حكم الكفالة
٢٥٨	رأى الجمهور
٢٥٩	حكم الكفالة بالدين مع الإطلاق
٢٦١	كفالة الدين الحال مؤجلاً
٢٦٤	تأجيل الكفالة والدين - مذهب المالكية
٢٦٥	مذهب الجمهور - التشريع الوضعي
٢٦٦	ما للدائن المكفول له من حقوق
٢٧٠	حقوق الكفيل قبل الدائن

- ٢٧٢ قبل المكفول عنه
 ٢٧٧ حق الضامن في الرجوع على المدين
 ٢٨٦ فيما بين الكفلاء بعضهم مع بعض
 ٢٩٠ انقضاء الكفالة بالدين
 ٢٩٦ انقضاء الكفالة بسبب لا يمس التزام المدين
 ٢٩٧ وفاة المدين والكفيل
 ٢٩٨ أنواع الكفالة
 ٢٩٩ كفالة الرجه
 ٣٠٣ ضمان ما يلقي في البحر
 ٣٠٥ الديات والأروش
 ٣٠٦ الدية في عرف الفقهاء
 ٣٠٧ الهدف من وجوب الدية ومشروعيتها
 ٣٠٨ شبه الدية بالغرامة
 ٣١٠ ما يستوجب الالتزام بالدية
 ٣١٢ شروط وجوب الدية
 ٢١٧ من تجب الدية في ماله
 ٣٢٠ العاقلة
 ٣٢٢ ما لا تحمله العاقلة
 ٣٢٤ من تجب له الدية
 ٣٢٥ مقدار الدية وما تجب فيه
 ٣٢٨ مقدار ما يجب من كل نوع
 ٣٣٣ الأرض
 ٣٣٦ ما يجب في الجروح
 ٣٣٧ شروط وجوب الدية
 ٣٣٨ الأرض المقدر من الشارع
 ٣٤١ أرش الجنين - ما تحمله العاقلة من الأرض
 ٣٤٢ أحكام العفو عن الدية
 ٣٤٣ القسامة